

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

JÉSSICA TOLOTTI CANHISARES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE
ANÔNIMA**

**CURITIBA
2011**

JÉSSICA TOLOTTI CANHISARES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE
ANÔNIMA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Marcia Carla Pereira
Ribeiro

CURITIBA

2011

JÉSSICA TOLOTTI CANHISARES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE
ANÔNIMA**

Monografia de conclusão de curso
aprovada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
no Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Paraná, pela
Comissão formada pelos professores:

ORIENTADORA: _____

Prof^a. Dr^a. Marcia Carla Pereira Ribeiro

Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

Prof. Roberto Altheim

Curitiba, 21 de outubro de 2011.

AGRADECIMENTOS

Ao meu irmão, Arthur Canhisares Junior, por existir, por ser o que de melhor há em minha vida. A ele, que tão inocente – tão meu bebê, e assim será por muito tempo –, não pode ainda dimensionar a importância (e a pertinência) de cada uma das doces palavras que me dirige quando preciso de ajuda, de incentivo ou de calma. A essa criança cuja sensibilidade impressiona e cativa. Agradeço-lhe por cada noite que, enquanto eu escrevia, sentava comigo para fazer sua tarefa de casa, com pequenas amostras do imenso companheirismo que lhe caracteriza. Agradeço-lhe, também, por cada noite em que não havia tarefa de casa, mas ainda assim me acompanhava nas longas horas de escrita, incentivando-me e mostrando extrema atenção com cada questão jurídica que lhe explicava, ainda que não entendesse uma única linha do que lhe dizia.

À minha mãe, Sandra Tolotti Canhisares, por ter dedicado sua vida a essa função – o que nunca deixará de ser reconhecido e lembrado, principalmente diante de cada grande momento de nossa história pessoal –, por ter empenhado indescritível energia na tarefa de construir o caráter e o caminho de seus filhos. A ela pela fé em mim depositada, que espero sempre corresponder.

Ao meu pai, Arthur Canhisares, por acreditar tão firmemente em mim. Por cada inestimável conversa sobre o tudo ou sobre o nada. Também por cada monólogo, por ele interrompido apenas para a palavra certa. A ele porque acredito que é parte essencial de cada uma de minhas conquistas.

Aos meus amigos, que são o estímulo e a graça, longe ou perto. Às minhas queridas amigas que diariamente, nestes cinco anos, dividiram alegrias e angústias – as grandes e as corriqueiras –, e momentos que marcaram a minha vida. À Camila Luise de Andrade Stadler, que mesmo longe está sempre tão perto, provando que a distância e o tempo não desconfiguram uma amizade verdadeira. Ao Carlos Humberto de Souza Filho, pela paciência, pela inestimável ajuda e, sobretudo, pelo companheirismo de sempre.

À minha orientadora, Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro, cuja dedicação à docência a todos inspira, e que fez despertar em mim o interesse pelo Direito Empresarial. Pela orientação e pelos dois anos que guiou nossa turma.

Ao Doutor Joscelito Giovani Cé, estimado chefe e inesquecível mestre, por tudo o que diariamente me ensina, pelo apoio e pela confiança.

RESUMO

O sistema de responsabilização civil dos administradores de sociedade anônima é o instrumento apto a transferir a responsabilidade, originalmente da empresa, para os administradores que geraram dano a terceiro, à sociedade ou a acionistas, mediante a violação de dever legal ou estatutário. Para estudá-lo, faz-se necessário analisar as características básicas da companhia, sua origem, função econômica e, especialmente, a estrutura administrativa, dividida em assembleia geral, conselho fiscal, conselho de administração e diretoria. Estes dois últimos órgãos são o cerne deste trabalho, eis que sobre eles recai o regime mais severo de responsabilização, em razão da função de gestão que seus membros desempenham. As hipóteses de imputação de responsabilidade civil aos diretores e membros do conselho de administração estão diretamente relacionadas com a violação dos deveres legais ou estatutários, sendo aqueles os de atuar conforme o interesse da companhia e observando a função social da empresa, o dever de diligência, de informar, de lealdade e de não agir em conflito de interesses. A responsabilização de administrador pode ocorrer quando atua dentro de suas atribuições e poderes – caso em que o ato lesivo deve ter sido praticado com culpa ou dolo –, ou com violação da lei ou do estatuto social. Importa, então, estudar o instrumento de aplicação deste sistema, a ação de responsabilidade. Procede-se à verificação de quais as suas modalidades, hipóteses de cabimento e a *business judgment rule*, mecanismo de exclusão de responsabilidade. A análise de casos concretos enfrentados na jurisprudência pátria demonstra, enfim, a pouca aplicação que o instituto encontra no Brasil.

ABSTRACT

The civil liability system of administrators of corporations is the proper instrument to shift the responsibility, originally belonging to the company, to the administrators who had caused damage to the company, to the shareholders or to third-parties, through the violation of their legal or statutory duties. In order to study it, it is necessary to analyze the company's core characteristics, its origin, economic function and, particularly, its administrative structure, this divided into general shareholders meeting, supervisory board, executive board and the management. The latter two consist in the core of this study, since upon them rests the most severe liability, due to the managerial function that its members perform. The hypotheses of civil liability imputation to administrators and executive board members are directly related to the violation of legal or statutory duties, namely the one of acting accordingly to the company's best interest and its social function, the duties of diligence, information, loyalty and of not getting involved in conflict of interests. The directors civil liability may occur when acting within their main attributions and powers - in which case the harmful act must have been performed with guilt or intention -, or by violating the law or the bylaws. So, it matters to study the instrument of application of this system, the liability action. Follows with the examination of its modalities, hypotheses and the 'business judgment rule', mechanism of liability exclusion. The analysis of concrete cases addressed in the national jurisdiction evinces, finally, the little application of this institute in Brazil.

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Estrutura da sociedade anônima	10
1.1. A sociedade anônima: Características gerais, origem e função econômica	10
1.2. Estrutura administrativa da companhia.....	15
1.3. Assembleia Geral.....	17
1.4. Conselho Fiscal	19
1.5. Conselho de Administração	21
1.6. Diretoria	24
2. Deveres dos administradores da companhia	25
2.1. Dever de observância dos interesses da companhia em conjugação com a função social da empresa.....	28
2.2. Dever de diligência	31
2.3. Dever de lealdade	32
2.4. Dever de informar	34
2.5. Conflito de interesses	37
3. Responsabilidade civil dos conselheiros e diretores	39
3.1. O estudo da exceção	39
3.2. Natureza da responsabilidade dos administradores.....	42
3.3. Ato regular de gestão.....	45
3.4. Responsabilidade subjetiva por ato lesivo praticado dentro das atribuições e poderes	46
3.5. Responsabilidade por ato praticado com violação da lei ou do estatuto social	48
3.6. Crítica à separação entre as hipóteses de responsabilidade	52
3.7. Responsabilidade solidária entre administradores	53
3.8. Responsabilidade civil dos conselheiros fiscais	56
4. Ação de responsabilidade em face do administrador de sociedade anônima	58
4.1. Ação social <i>ut universi</i>	59

4.2. Substituição processual	61
4.2.1. Ação social <i>ut singuli</i>	63
4.2.2. Ação derivada	65
4.3. Ação individual	66
4.4. Business judgment rule	69
4.4.1. Origem e definição	69
4.4.2. Críticas	72
4.5. Experiência jurisprudencial brasileira	73
Conclusão	80
Referências Bibliográficas	82

Introdução

A responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima é tema que merece especial atenção da doutrina e da jurisprudência, tanto em seu aspecto conceitual como em questões de aplicabilidade, pois se traduz em importante mecanismo de controle de abusos na atividade empresarial.

O objetivo deste trabalho é demonstrar de que forma o sistema de responsabilização dos diretores e membros do conselho de administração das companhias está estruturado na lei, qual a interpretação dada pela doutrina aos dispositivos legais atinentes à matéria e, por fim, expor a pouca aplicação do instituto na jurisprudência nacional.

Para cumprir tal desiderato, inicia-se expondo as principais características, origem e função das sociedades anônimas. Em seguida, faz-se a análise da estrutura administrativa das companhias, cuja complexidade organizacional é peculiar a este tipo societário. Tal análise é fundamental para que se possa compreender em que contexto está inserida a atuação de seus administradores, e especialmente para que se evidencie a razão de o regime de responsabilidade distinguir-se dos demais tipos societários.

Após, adentra-se propriamente na esfera administrativa, elencando-se os deveres imputados aos membros do conselho de administração e diretores. São eles: o dever de observância dos interesses da empresa, sem perder de vista a sua função social, o de diligência, de lealdade, de informar e de não atuar em conflito de interesses com a companhia. Tais deveres são a base de todo o sistema de responsabilidade dos administradores, pois esta decorrerá da violação de um dever legal ou estatutário.

Segue-se, então, procedendo à investigação da natureza da responsabilidade civil dos administradores. De início, mostra-se necessário conceituar o ato regular de gestão, que irá fornecer diretrizes no sentido de se imputar responsabilidade ou não ao administrador. Após, são analisadas as hipóteses contempladas pela Lei das Sociedades Anônimas. Primeiramente, a de o administrador praticar ato lesivo, com culpa ou dolo, porém dentro de suas atribuições e poderes, circunstância em que a responsabilidade será subjetiva. A segunda possibilidade é o ato lesivo decorrente da violação da lei ou do estatuto social, cuja natureza da responsabilidade é intensamente debatida pela doutrina.

Por fim, analisa-se o principal instrumento de aplicação deste sistema, que é a ação de responsabilidade contra o administrador da companhia. Este trabalho propõe-se a analisar as suas espécies, hipóteses de cabimento, principais requisitos e características, para ao final abordar a *business judgment rule*, mecanismo de exclusão de responsabilidade.

E, para concluir, expõe-se alguns julgados da jurisprudência nacional, pelos quais resta demonstrada que é pouca a aplicação do instituto no país, bem como que a eventual aplicação é destituída de maior profundidade técnica e teórica.

Não se tem a pretensão, neste trabalho, de abordar a responsabilidade de outros integrantes da sociedade anônima, tais quais o controlador – cuja responsabilização também conta com sistema próprio, contido no artigo 117 da Lei das Sociedades Anônimas – e os acionistas quando votam em assembleia geral.

A proposta, como exposto, é estritamente a análise da responsabilidade civil dos administradores de companhias e os mecanismos de sua aplicação. Por esta razão, os aspectos da responsabilização por débitos previdenciários, tributários e trabalhistas não estão abrangidos, até porque se submetem a um regime diferenciado, que está para além da Lei 6.404/1976. Tais aspectos, outrossim, encontram-se em estágio de desenvolvimento jurisprudencial em muito superior ao da responsabilidade civil dos administradores.

Nisto reside a importância do tema abordado: Doutrina e jurisprudência – esta, em especial –, mostram-se pouco dedicadas a ele, deixando ignorado o elevado potencial do sistema de responsabilização dos administradores como instrumento de moralização da atividade empresarial.

1. Estrutura da sociedade anônima

Este capítulo destina-se a, inicialmente, expor as características e questões essenciais da sociedade anônima, cruciais para a compreensão da problemática que se enfrentará ulteriormente. Em seguida, investigar sua estrutura administrativa, ou seja, de que modo organiza-se internamente, em distribuição de funções e competências, além de abordar as regras mais relevantes de cada órgão societário.

1.1. A sociedade anônima: Características gerais, origem e função econômica

A sociedade anônima é espécie do gênero *sociedade por ações*, ao lado da sociedade em comandita por ações. Esta última tem pouca relevância prática, dado seu crescente desuso, ao contrário das companhias¹, as quais, como se verá, têm grande importância econômica.

Como características essenciais, peculiares às companhias, têm-se a divisão do capital social em ações, as quais são negociáveis, e a limitação de responsabilidade de cada sócio ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas², o que representa maior segurança para o acionista, em contraponto à responsabilidade que deve assumir nos demais modelos societários.

É classificada como sociedade de capital, e não de pessoas, o que implica livre circulação e negociação das ações, visto que “o que importa para a sociedade é a contribuição dos sócios para a reunião do capital social, tendo pouco significado a sua qualidade pessoal”³. A forma de negociação das ações, ademais, é critério de subdivisão em espécies da sociedade anônima, que pode ser aberta ou fechada. As

¹ Quanto à nomenclatura adotada, pode variar entre “sociedade anônima” e “companhia”, sendo

² Art. 1.088 do Código Civil e art. 1º da Lei 6.404/1976.

³ Este é o diferencial entre as sociedades de pessoas e de capital; nas primeiras, é primordial a presença do elemento *intuitu personae*, ou seja, há um elemento subjetivo, pessoal, que une os sócios, de modo que a característica individual de cada um deles é determinante para a formação da sociedade. Por outro lado, nas sociedades de capital, inexistente dito elemento subjetivo, bastando a intenção de contribuir financeiramente. Uma sociedade pode ser classificada de um ou outro modo conforme as disposições do contrato social que regulam o ingresso de novos sócios: havendo norma de cunho restritivo quanto à transferência de ações a terceiros, trata-se de sociedade de pessoas; em não havendo, cuida-se de sociedade de capital. Registre-se que as sociedades anônimas são tipicamente de capital, haja vista o art. 36 da Lei 6.404/1976, que autoriza restrições à livre negociação das ações apenas nas companhias fechadas e, ainda, com certas condições. (BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 176-177 e 220.)

companhias abertas – que são a espécie tipicamente, embora não exclusivamente, voltada aos grandes empreendimentos – admitem a negociação de papéis no mercado de valores mobiliários, de modo que desempenham relevante papel na economia e, em vista do interesse público envolvido, sujeitam-se à fiscalização e normatização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁴. De outro vértice, as sociedades anônimas fechadas não colocam suas ações no mercado, limitando-se à negociação privada⁵.

A sociedade anônima possui disciplina em legislação especial – Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 –, e subsidiariamente no Código Civil⁶, naquilo em que a Lei das Sociedades Anônimas for omissa. A companhia será sempre empresária, ainda que exerça atividade excluída pela legislação do conceito de empresariedade⁷, e pode ter como empresa qualquer prática que não seja contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes e deve, necessariamente, ter fins lucrativos⁸.

A origem primeira das sociedades por ações – ou, mais precisamente, de empreendimentos que a elas se assemelham pela forma de investimento de terceiros – remonta ao século XVII, especificamente na seara do capitalismo mercantil, cujo desenvolvimento foi, em grande parte, baseado na política colonialista⁹. Para concretizar o escopo de exploração do *Novo Mundo*¹⁰, o Estado – primeiro a Holanda, seguida da França, Inglaterra e Portugal –, ante o elevado custo que representava a empreitada, viu-se diante da pujante necessidade de aglomerar

⁴ A CVM é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, formada por membros nomeados pelo Presidente da República, com homologação pelo Senado Federal. É encarregada de regular as operações relativas aos valores mobiliários e de fiscalizar as companhias abertas. Sem a devida autorização da CVM, não pode a companhia proceder à captação de recursos junto aos investidores; se o fizer, incorrerá em crime previsto no art. 7º da Lei 7.492/1986. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8ª edição. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66-67.)

⁵ Art. 4º, *caput* da Lei 6.404/1976.

⁶ Art. 1.089 do Código Civil.

⁷ O conceito de empresariedade está insculpido na norma do art. 966 do Código Civil, sendo considerado empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (grifamos). Por outro lado, as atividades excluídas da empresariedade, cf. art. 966, parágrafo único, do Código Civil, são aquelas “de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. Vale a menção que outras atividades são excluídas da empresariedade em leis esparsas.

⁸ Art. 2º, *caput* e § 1º da Lei 6.404/1976.

⁹ Para Fábio Ulhoa Coelho, a grande precursora das sociedades anônimas, embora não desconsidere as companhias de colonização, foi a *Casa de São Jorge*, que perdurou entre os séculos XV e XIX, cujo escopo era de renegociar dívidas e fornecer novos empréstimos, para o fim de arcar com os custos da guerra entre a República de Gênova – que criou a instituição – e Veneza. (COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 60.)

¹⁰ América, Índia e África, cf. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25ª edição. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

capital para as investidas estrangeiras. O primeiro empreendimento criado com esse fim foi a Companhia Holandesa das Índias Orientais, em 1602, e, em seguida, a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, em 1621. Sintetizam Marcelo Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro:

Como as expedições exploradoras dependiam de altos investimentos, dos quais não dispunha integralmente o Estado, a fórmula encontrada foi a reunião de capital público e privado, mediante seu fracionamento em partes de pequeno valor, para que um número grande de pessoas pudesse investir naquele negócio, que, à época, era altamente lucrativo. Aos participantes proporcionava-se um comprovante de que haviam contribuído e que lhes garantia o direito de ação contra a companhia para haver delas os lucros e sua parcela no patrimônio. Retira-se daí a denominação ação para definir a parcela do capital social.¹¹

As sociedades por ações seguiram como importantes figuras na Revolução Industrial, no século XIX. Neste período dependiam de concessão real; após, com o *Code de Commerce*, passaram a depender de autorização. Apenas em 1867 foi concedida liberdade de constituição e funcionamento para essas sociedades¹².

No Brasil, a sociedade anônima foi inicialmente disciplinada pelo Decreto 575/1849, diploma em que ainda dependia de autorização estatal, o que, de certa maneira, não parece estranho, dado o contexto internacional supra mencionado. Desta forma, a sociedade anônima era considerada um privilégio, concedido pelo governo a quem lhe aprovesse. O Código Comercial, editado em 1850, manteve a necessidade de autorização¹³, sem maiores mudanças quanto à regulamentação do tipo societário. A desnecessidade de autorização governamental no Brasil concretiza-se apenas em 1882, através do Decreto 8.821¹⁴. Outro diploma que merece destaque é o Decreto-lei 2627/1940, que foi o grande incentivador e viabilizador das companhias, porém voltado às sociedades anônimas fechadas. Tornou-se obsoleto, entretanto, ante as necessidades do mercado, razão pela qual foi editada a lei que atualmente regula o tipo societário ora estudado, qual seja, a Lei

¹¹ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 218.

¹² REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 3-6.

¹³ Art. 295 do Código Comercial de 1850: "As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado e com autorização do governo, dependente da aprovação do corpo legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio; e devem provar-se por escritura pública ou pelos seus estatutos e pelo ato do poder que as houver autorizado".

¹⁴ Art. 3º do Decreto 8.821/1882: "As sociedades anonymas, salvo as excepções constantes do art. 130, se podem constituir sem autorização do Governo".

6.404/1976¹⁵. As principais mudanças no diploma ora em vigor ocorreram mediante as Leis 9.457/1997 e 10.303/2001. A primeira buscava adequar as companhias à conjuntura econômica da época, em que se procedia a inúmeras privatizações, em empresas nas quais o Estado queria manter o controle. Parte das alterações prejudicou direitos das minorias, razão pela qual a Lei 10.303 retornou às condições anteriores¹⁶.

Recai-se, após essa breve digressão histórica, em tema inerente ao estudo das companhias, qual seja, a sua importância e função econômica. Percebe-se que desde cedo foram estruturadas com a finalidade de atender a grandes empreendimentos e ao interesse público¹⁷. Ainda hoje é possível dizer que as sociedades anônimas abertas desempenham tal papel, pois “o regime jurídico da companhia aberta está voltado a atender essa necessidade de proporcionar a captação dos consideráveis recursos econômicos reclamados pelos grandes empreendimentos”¹⁸. Deste modo, é eficiente instrumento para as empresas que são a força motriz do capitalismo, pois consegue reunir, através do chamamento ao público e, portanto, pela poupança popular, grande volume de capital. Nisto reside o relevante papel econômico que desempenham: são capazes de captar recursos e mobilizar riquezas, sendo, ademais, grandes centros de poupança.

O princípio da função social é imputado a todas as espécies societárias, e igualmente devem as companhias observá-lo. Em termos legais, há três dispositivos de especial relevância na Lei 6.404. São eles, o parágrafo único do artigo 116¹⁹, o artigo 154 que dispõe “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as existências do bem público e da função social da empresa” e, ainda, o artigo 165

¹⁵ Sobre o histórico legislativo da sociedade anônima no Brasil, ver BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 219 e REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 9-21.

¹⁶ Das medidas adotadas pela reforma de 1997, manteve-se, mesmo após a Lei 10.303/2001, a figura da *golden share*, cuja característica mais marcante é a possibilidade de concessão de poder de veto ao Estado nas assembleias em matérias especificadas no estatuto. Art. 17, § 7º da Lei 6.404: “Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia geral nas matérias que especificar”.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 60.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 66.

¹⁹ Art. 116, parágrafo único da Lei 6.404/1976: “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

que, ao tratar dos deveres dos conselheiros fiscais, estabelece que sobre eles recaem os mesmos deveres e responsabilidades dos administradores.

A função social da empresa, contudo, carece de precisa definição, e a doutrina busca encontrar a mais adequada. Eduardo Tomasevicius Filho entende que a função social da empresa seria “o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência a determinados deveres positivos e negativos”²⁰. De acordo com Fernando Netto Boiteux, no entanto, há dificuldade em identificar os interesses da coletividade, posto que “ao contrário dos interesses do capital, que é facilmente identificável, pois se resume ao lucro, os interesses sociais são dispersos”²¹.

Para Tomasevicius, o conteúdo da função social da empresa pode ser desenhado a partir do art. 170²² da Constituição da República²³. Segundo referido autor, neste dispositivo poderia ser encontrado o indicativo dos deveres positivos incumbidos à empresa. A liberdade de empresa, decorrência lógica da livre iniciativa, não é absoluta, até porque tem por escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Então, o empresário apenas pode usufruir dessa liberdade quando ela vier em proveito de toda a coletividade, melhorando de maneira geral o bem estar social e as condições de vida; não basta, portanto, que essa liberdade atue apenas em favor do empresário. Outra ótica, posta pelo mesmo autor, agora a respeito da justiça social, é que a produção de riquezas deve ocorrer mediante a distribuição desta para aqueles que com ela colaboraram através do trabalho. Por fim, assevera que “a função social permite que se exija de

²⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 92, n. 810, abr. 2003, p. 40.

²¹ BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 41, n. 125, jan./mar. 2002, p. 56.

²² Art. 170 da Constituição da República: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

²³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, op. cit., p. 42.

quem exerce o direito de livre iniciativa o cumprimento de deveres para com a sociedade, possibilitando um ganho econômico mais justo para todos”²⁴.

Nada obstante, há quem repudie a ideia de função social da empresa, tal como Fábio Konder Comparato, que a entende como um conceito limitado ou até mesmo nulo:

Na verdade, a ideia de as empresas serem obrigadas, de modo geral, a exercer uma função social *ad extra* no seio da comunidade em que operam, apresenta o vício lógico insanável da contradição. A empresa capitalista – importa reconhecer – não é, em última análise, uma unidade de produção de bens, ou de prestação de serviços, mas sim uma organização produtora de lucros. É esta a chave lógica para a compreensão de sua estrutura e funcionamento. O objeto da empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços, está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros. (...)

É imperioso reconhecer, por conseguinte, a incongruência em se falar em uma função social das empresas. No regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social.²⁵

A crítica, portanto, consiste na incompatibilidade entre a ideia de função social e a própria essência da empresa, cujo objetivo final é sempre o lucro. Em síntese, seria improvável conceber que o desiderato principal da empresa seria sacrificado para a promoção de justiça social. Por isso, Comparato assevera que a tese da função social das empresas acaba por revestir-se de mera retórica²⁶.

1.2. Estrutura administrativa da companhia

Postas estas características do tipo societário em questão, desde logo se vislumbra que, em regra, a sociedade anônima é modelo para empreendimentos de grande porte – para o que, repise-se, foi concebida –, com grande número de sócios. E, assim sendo, não seria factível que no dia-a-dia empresarial todos os acionistas participassem de cada ato de administração. Por conseguinte, com o

²⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo, op. cit., p. 48.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: a. 85, v. 732, out. 2006, p. 44-45.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 46.

intuito de viabilizar a administração da companhia, a Lei 6.404/1976 cria órgãos de cunho deliberativo, fiscalizatório e de concreção dos objetivos. Percebe-se, assim, que a sociedade anônima tem uma estrutura administrativa de poderes compartilhados. Referidos órgãos serão adiante explorados e, são eles, a *assembleia geral*, o *conselho fiscal*, o *conselho de administração* e a *diretoria*²⁷.

Note-se que a divisão de competências remonta à estrutura estatal, vez que os órgãos são poderes autônomos, interligados e que se autocontrolam, na mesma esteira do que ocorre entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na esfera do Estado. A teoria da tripartição dos poderes, consagrada por Montesquieu, visava inicialmente à garantia de liberdade individual do cidadão frente ao Estado absolutista. No entanto, mais recentemente, a doutrina passou a perceber a separação de poderes como método de aumento da eficiência estatal, ante a possibilidade de divisão de funções entre órgãos especializados²⁸. Esta última ideia é a que parece reger a estrutura administrativa da sociedade anônima: a separação de funções e poderes visa, essencialmente, a aumentar a efetividade da administração e as possibilidades de controle interno, haja vista o grande porte que podem tomar as companhias. Constata-se, portanto, que não é despropositada essa tripartição de poderes e competências nas sociedades anônimas. Ressalte-se que Fábio Ulhoa Coelho rechaça veementemente este paralelo²⁹.

²⁷ Veja-se que “nem todos os órgãos da sociedade anônima interessam ao direito. Ao contrário, a lei se ocupa apenas dos situados no topo da hierarquia estrutural, que são a assembléia geral, o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal. A organização da estrutura administrativa adotada pelas companhias abaixo do nível da diretoria (coordenadorias, superintendências, departamentos, chefias etc.) é assunto irrelevante para o direito societário; cada sociedade se estrutura e se reestrutura como e quando quer, documentando-se com maior, menor ou nenhuma formalidade. Mas, em relação àqueles quatro órgãos, sua composição, competência, funcionamento, bem como a forma dos atos praticados devem obedecer aos ditames legais”. (COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 191-192)

²⁸ A problemática começa a ser discutida, em realidade, com Aristóteles, que julgava perigoso e, de certa forma, ineficiente, a concentração de poderes em um só indivíduo. A noção moderna de separação de poderes, entretanto, não remonta a Aristóteles, mas sim a uma construção gradativa de seu conceito no decorrer do desenvolvimento do Estado. Para Dalmo de Abreu Dallari, os primeiros traços dessa teoria surgiram com Marsílio de Pádua (séc. XIV), mas a organização dos pensamentos a esse respeito acontece no século XVII, com John Locke. É com Montesquieu, na obra *O Espírito das Leis*, de 1748, entretanto, que “a teoria da separação dos poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si”, com o objetivo crucial de garantir a liberdade individual, ao passo em que buscava enfraquecer o poder do Estado. Apenas mais recentemente é que se passou a entender a separação de poderes como forma de aumento da eficiência do Estado, em razão da distribuição de tarefas entre órgãos especializados. (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 216-223.)

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 194.

Antes de passar à análise de cada órgão individualmente, importa apresentar duas teorias que procuram explicar a natureza jurídica dos órgãos da sociedade anônima³⁰. A primeira delas é a *teoria da representação*, segundo a qual os órgãos são representantes da sociedade anônima, agindo por ela como se procuradores fossem. A outra formulação é a *teoria organicista*, que, para Rubens Requião, foi a adotada no direito positivo brasileiro³¹. Nesta, afirma-se que os órgãos são o modo de expressão da companhia, não enquanto outro ente, mas sendo eles próprios a vontade da sociedade³². Neste sentido, os administradores da companhia – como parte do *órgão de execução* –, não a representam, mas fazem presente a sociedade. Vale menção que nenhum dos órgãos detém personalidade jurídica, sendo que seus atos perante terceiros são imputáveis à companhia³³. Isto não impede, porém, que em determinadas situações legalmente previstas, os membros desses órgãos sejam responsabilizados pessoalmente.

1.3. Assembleia Geral

É o órgão máximo de deliberação da companhia, seara em que se reúnem os acionistas, na qual se decide toda a matéria relativa ao objeto e à concreção de objetivos³⁴. Nas palavras de Oscar Barreto Filho, “nela reside a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos da companhia”³⁵. É obrigatória, soberana, e desempenha função democrática, como assevera Requião: “Constitui o órgão máximo da sociedade, desempenhando as funções que os Parlamentos exercem nas sociedades políticas constituídas democraticamente”³⁶.

A assembleia geral³⁷ tem tratamento minucioso na Lei das Sociedades Anônimas, nos artigos 121 e seguintes, cujo conteúdo diz respeito à competência, normas de convocação e de instalação, legitimação para participação, *quorum* e

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 193.

³¹ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 172.

³² BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 313.

³³ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 192.

³⁴ Art. 121 da Lei 6.404/1976.

³⁵ BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura administrativa das sociedades anônimas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr./jun. 1977, p. 77.

³⁶ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 176.

³⁷ Importa consignar que há outras assembleias previstas na normativa da sociedade anônima, como a de constituição (art. 87 da Lei 6.404/1976) e as assembleias especiais, por exemplo, as de debenturistas (art. 71 da Lei 6.404/1976) e de acionistas preferenciais (art. 136, §1º da Lei 6.404/1976). (REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 176.)

questões procedimentais. O rol de matérias de competência privativa da assembleia geral está no art. 122 da Lei 6.404, e são questões de elevada importância na vida societária, o que justifica a imputação a ela de *centro de comando da companhia*³⁸.

É dividida em assembleia geral ordinária e extraordinária, com competências e funções distintas. A primeira deve ser realizada anualmente, para deliberação de matérias específicas. A extraordinária, por outro lado, não tem rol legal de matérias sobre as quais pode deliberar. Assim, conclui-se que a AGE detém competência para decidir sobre todas as matérias relativas ao objeto social (artigo 121 da Lei 6.404), exceto aquelas que devam necessariamente ser tratadas pela assembleia geral ordinária (artigo 132 da Lei 6.404). Ainda, o artigo 131, parágrafo único, da Lei 6.404, admite a realização simultânea de assembleia geral ordinária e extraordinária, acaso na data de realização da primeira haja matérias de competência da segunda a serem discutidas e deliberadas³⁹. Deste modo, admite-se que a AGO delibere, também, sobre as matérias de competência da AGE. A competência para sua convocação é do conselho de administração, se existente, ou da diretoria. A lei prevê, no entanto, hipóteses em que acionistas reunidos ou o conselho fiscal podem fazê-lo, desde que observados os requisitos para cada caso⁴⁰, a fim de se preservar os direitos e interesses dos acionistas em geral, evitando que propositadamente deixem os administradores de convocar assembleia necessária. Por serem instrumento de democratização das companhias, o modo de convocação deve ser rigorosamente observado, sob pena de nulidade.

As deliberações de assembleia que implicarem grandes modificações na companhia conferem ao acionista dissidente o direito de retirada, que é medida protetiva em favor das minorias. As matérias que ensejam essa medida estão referidas no artigo 137 da Lei 6.404/1976⁴¹ e, em alguns casos, há condições ou

³⁸ São elas: i) reforma do estatuto social; ii) eleição ou destituição de administradores ou fiscais da sociedade; iii) análise da prestação de contas anual dos administradores; iv) autorização de emissão de debêntures; v) suspensão dos direitos do acionista; vi) deliberações acerca da avaliação de bem oferecido para formação do capital social; vii) autorização de emissão de partes beneficiárias; viii) deliberação sobre movimentos societários, dissolução e liquidação, bem como a eleição, destituição e julgamento de contas de liquidantes; ix) autorização aos administradores para confissão de falência e requerimento de recuperação judicial.

³⁹ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 314.

⁴⁰ Art. 123, *caput*, parágrafo único e alíneas da Lei 6.404/1976.

⁴¹ Ensejam direito de retirada matérias que exigem *quorum* qualificado e, portanto, elencadas no art. 136, especificamente as contidas nos incisos I a IX.

qualificadoras⁴², não bastando mera decisão sobre a matéria. Para efetivação desse direito, é essencial o registro dos trabalhos da assembleia geral em ata.

1.4. Conselho Fiscal

Trata-se de órgão facultativo na estrutura administrativa da S/A, cuja principal função é a fiscalização das contas e da administração⁴³. É composto por três a cinco membros titulares e respectivos suplentes, acionistas ou não, eleitos em assembleia geral, cujas atribuições são indelegáveis. Para compô-lo, deve tratar-se de pessoa natural, residente no Brasil, com nível universitário ou que tenha sido, por ao menos três anos, administrador ou conselheiro fiscal de empresa.

Para Requião, a regulamentação deste órgão é precária, em especial no que tange à existência e instalação do conselho fiscal⁴⁴, com o que concordam Bertoldi e Ribeiro⁴⁵. Do *caput* do artigo 161, extrai-se que ele sempre existirá, e que a faculdade concedida à companhia é a de instalá-lo, de modo que ficaria sempre constituído, à espera de pedido no sentido de que seja instalado. O § 3º do mesmo artigo, porém, dispõe que o funcionamento do conselho fiscal pode ser requerido e apreciado em assembleia geral, seguido da eleição dos componentes. Neste ponto, nota-se contradição interna no artigo 161⁴⁶, vez que o *caput* sugere que o conselho fiscal deve ter, sempre, membros eleitos e a postos, enquanto que o § 3º é claro ao dizer que os membros serão eleitos apenas quando requerida a instalação do conselho fiscal. Coelho, por sua vez, é tranquilo na assertiva de que “sua existência é obrigatória, mas seu funcionamento facultativo”⁴⁷ e no mesmo sentido entendem Osmar Brina Côrrea-Lima⁴⁸ e Modesto Carvalhosa⁴⁹.

⁴² Art. 136, inc. I a III da Lei 6.404/1976.

⁴³ A competência do conselho fiscal está esmiuçada nos incisos do art. 163 da Lei 6.404/1976.

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 232.

⁴⁵ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 321.

⁴⁶ Art. 161, *caput* da Lei 6.404/1976: “A companhia terá um Conselho Fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas”. E, § 3º: “O pedido de funcionamento do Conselho Fiscal, ainda que a matéria não conste do anúncio de convocação, poderá ser formulado em qualquer assembléia geral, que elegerá seus membros”.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 228.

⁴⁸ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 393.

⁴⁹ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas, Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457 de 5 de maio de 1997, 10.303, de 31 de outubro de 2001, e 11.638, de 28 de dezembro de 2007**. 4ª edição. 3º volume. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 427.

Também segundo Requião, o conselho fiscal era pouco conveniente no sistema do Decreto-lei de 1940, vez que o saber técnico era dispensado como requisito para os membros, o que implicava trabalho de pouca utilidade. Isto foi corrigido na lei atual, com a inserção desta exigência e mediante aumento das funções do órgão que, ademais da verificação das contas, passou a fiscalizar os atos da administração, desempenhando, agora, papel de maior relevância, controlando a administração e assessorando a assembleia geral⁵⁰. Coelho entende que há limites precisos na sua competência, sendo adstrita à legalidade e regularidade da administração⁵¹, e vedada a interferência na forma de condução dos negócios, na conveniência, oportunidade e economicidade das decisões⁵².

Tanto no sistema anterior como no atual⁵³, o conselho fiscal representa um meio pelo qual se garante certo poder à minoria, através da destinação de ao menos uma cadeira no órgão – com o respectivo suplente – para os acionistas minoritários (que assim se declararem, e representem ao menos um quinto do capital social) e outra para acionistas detentores de ações preferenciais. Cabe registro que, tendo dois grupos direito a uma vaga cada, é possível que ambos o façam, situação em que os demais acionistas – maioria –, podem eleger mais um membro, conservando-se a maioria também no âmbito deste conselho⁵⁴.

Os conselheiros têm direito a remuneração que, no sistema anterior, era frequentemente de valor irrisório, o que foi corrigido na Lei 6.404, estabelecendo-se o mínimo de 10% da remuneração dos diretores, além do direito a reembolso com

⁵⁰ Esta questão foi tratada na Exposição de Motivos da Lei 6.404/1976, no capítulo XIII: “As modificações introduzidas pelo Projeto no Conselho Fiscal baseiam-se na experiência da aplicação do Decreto-lei nº 2.627... o funcionamento do órgão quase sempre se reduz a formalismo vazio de qualquer significação prática, que justifica as reiteradas críticas que lhe são feitas, e as propostas para sua extinção... A leitura do artigo 164 mostra que as atribuições do Conselho diferem em parte das previstas na legislação em vigor. Não é órgão de auditoria contábil, que somente pode ser exercida por organizações de profissionais especializados, mas de fiscalização dos administradores e de informação da Assembléia Geral, que poderá desempenhar papel da maior significação na defesa da companhia e dos acionistas ao acompanhar, efetivamente, a ação dos administradores, submetendo seus atos a apreciação crítica, para verificar o cumprimento de deveres legais e estatutários...”.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 228-229.

⁵² Decorre desta limitação o disposto no artigo 163, § 2º que exige pertinência com a função fiscalizatória o pedido de informações, de modo que não pode “solicitar informações sobre matérias estranhas à sua competência, como, por exemplo, política de preços, estratégia de venda dos produtos, marketing etc”. (CARVALHOSA, Modesto, op. cit. p. 417.)

⁵³ Também este aspecto foi mencionado na exposição de motivos da Lei 6.404/1976: “A experiência revela, todavia, a importância do órgão como instrumento de proteção de acionistas dissidentes, sempre que estes usam do seu direito de eleger em separado um dos membros do Conselho, e desde que as pessoas eleitas tenham os conhecimentos que lhes permitam utilizar com eficiência os meios, previstos na lei, para fiscalização dos órgãos da administração”.

⁵⁴ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 321.

despesas necessárias, com o intuito de se prestigiar a função e permitir que possam dedicar-se a ela com maior afinco⁵⁵. Em contrapartida, os membros do conselho fiscal têm severas responsabilidades.

1.5. Conselho de Administração

Há dois sistemas de administração das companhias no que toca a esta seara incumbida da execução dos fins sociais. O direito norte-americano foi o primeiro a prever a cisão entre conselho de administração e executivos. Aos membros do conselho incumbiria tomar decisões acerca do rumo da empresa (naquilo que não competiria à *general meeting* – assembleia), porém deveriam delegar na totalidade a gestão dos negócios aos executivos. Por outro lado, o sistema continental europeu, orientado pelo direito francês, concentrava as duas funções em um só órgão. Este sistema, entretanto, passou a ser preterido e, atualmente, na legislação francesa, faculta-se a adoção de diretoria, porém sujeita a controle⁵⁶. O direito brasileiro incorporou ambos os sistemas, vez que o artigo 138 da Lei 6.404 permite a administração pelo conselho de administração e diretoria ou apenas pela diretoria⁵⁷.

Vale registro que a lei, quando faz menção aos *administradores* da companhia, refere-se tanto aos membros do conselho de administração quanto aos diretores. Há dispositivos comuns a ambos, como as normas atinentes a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidades⁵⁸. Por exemplo, não se admite administradores pessoas jurídicas⁵⁹ – inobstante o elevado grau de profissionalismo das companhias –, e a remuneração é fixada pela assembleia geral, que deve ponderar tanto a qualidade do trabalho desempenhado quanto o valor do profissional no mercado⁶⁰.

O conselho de administração, especificamente, é órgão obrigatório nas companhias abertas, de capital autorizado, e nas sociedades de economia mista. É

⁵⁵ Arts. 162, § 3º da Lei 6.404/1976; REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 235.

⁵⁶ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 196-197.

⁵⁷ Exceto nas companhias abertas e de capital autorizado, nas quais o Conselho de Administração é obrigatório, nos termos do § 2º do art. 138 da Lei 6.404/1976.

⁵⁸ Art. 145 e seguintes da Lei 6.404/1976.

⁵⁹ Art. 146 da Lei 6.404/1976.

⁶⁰ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 365.

composto por número ímpar de membros, sempre acionistas, competindo ao estatuto deliberar o número mínimo e máximo, observando o mínimo legal de três⁶¹. Sua competência, em síntese, é deliberar sobre todas as matérias de interesse da sociedade, especialmente aquelas relativas à concreção dos objetivos sociais, exceto o que se tratar de competência privativa da assembleia geral⁶².

Há autores que criticam severamente o conselho administrativo. Côrrea-Lima cita, a exemplo, Trajano de Miranda Valverde, que afirma que o conselho de administração é órgão inócuo, eis que formado por grande número de pessoas, que desenvolvem pouco trabalho e recebem grande percentual sobre os lucros⁶³. Por outro lado, há entusiastas desse órgão, como João Luiz Coelho da Rocha⁶⁴ e Coelho, sendo que, para este último, a justificativa para a existência de outro órgão de caráter executivo, além da diretoria, é que:

A diretoria, que pode ser composta por não acionistas, nem sempre é o órgão da sociedade mais indicado para assumir a responsabilidade pelas deliberações de maior envergadura e repercussão. Estas cabem aos sócios, isto é, às pessoas que investiram seu dinheiro na formação da sociedade e assumiram o risco da atividade empresarial. Mas, por outro lado, nem sempre representa uma solução adequada a apreciação das mesmas matérias pela assembleia geral, porque se encontra esse órgão sujeito a formalidades e dinâmicas próprias, que podem retardar o processo decisório, prejudicando os interesses da companhia.⁶⁵

Veja-se que, se o cerne da existência de um conselho de administração é a agilidade na tomada de decisões, resta plenamente esclarecida a razão de ser órgão facultativo em companhias fechadas, que usualmente possuem menor porte e menor número de acionistas, que podem ser facilmente reunidos em assembleia.

Questão de especial relevo é o modo de escolha dos conselheiros, sempre eleitos em assembleia. Cabe ao estatuto ou à assembleia geral determinar se a

⁶¹ Arts. 138, § 2º; art. 140 e 142 da Lei 6.404/1976. Ainda, BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 317-318.

⁶² Art. 122 da Lei 6.404/1976.

⁶³ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 208-209.

⁶⁴ "A verdade é que a relevância do Conselho está em alta, na pauta dos valores jurídicos adotados pela nossa ordem societária. E a prática tem plasmado essa tendência. Nas empresas mistas é norma sabida que o Conselho de Administração tanta vez barra e critica atos de dispensa ou inexigibilidade de licitações que escapem aos padrões da Lei 8.666. Nas empresas privadas de mais porte é comum o embate, que é bem salutar, de vontades acionárias dentro do Conselho, refletindo, para a gestão social, a realidade do Conselho de Administração da S/A como um órgão de grande importância estratégia e política, no sentido amplo que se deve conceder a essa agregação coletiva de capitais e esforços representada pelas sociedades anônimas." (ROCHA, João Luiz Coelho da. Particularidades do conselho de administração das sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, n. 128, out./dez. 2002, p. 65.)

⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 214.

eleição ocorrerá por votação majoritária ou proporcional. No primeiro caso, pode ser por chapas ou candidaturas isoladas, sendo que a última pode resultar em ausência de coesão interna⁶⁶.

A votação proporcional é mecanismo criado pelo legislador de 1976, com o fim específico de garantir aos acionistas minoritários representação no órgão executivo, o que não ocorre na votação majoritária, em que o detentor do controle pode eleger sozinho todos os conselheiros. Ocorre mediante a adoção do *voto múltiplo*, previsto no artigo 141 da Lei das Sociedades Anônimas, que depende de requerimento por acionistas que representem ao menos 10% do capital social. O voto múltiplo, segundo explicam Bertoldi e Ribeiro,

consiste em conferir a cada ação com direito a voto nas assembléias gerais tantos votos quantos sejam os membros do conselho, possibilitando ao acionista cumular os votos num só candidato, de forma que, matematicamente, exista a possibilidade de aqueles que não detêm a maioria dos votos na assembléia elegerem ao menos um dos membros do conselho de administração (LSA, art. 141). Assim, se for sete o número de vagas a serem preenchidas, cada ação terá direito a sete votos, os quais poderão ser destinados integralmente a um mesmo candidato.⁶⁷

Sobre a razão de ser e relevância do voto múltiplo, Coelho assevera que:

Quando racionalmente utilizado por todos os acionistas, o voto múltiplo conduz ao mesmo resultado da eleição proporcional. Por isso, sua importância está na garantia de proporcionalidade na composição do conselho de administração. Ele só é instrumento de conquista de controle pela minoria quando o controlador não age de modo racional.⁶⁸

O mandato do conselheiro, como mencionado, tem prazo máximo de três anos. Inobstante isto, pode ser destituído em assembleia geral, com ou sem motivação, a qualquer tempo, posto que se trata de cargo de confiança⁶⁹. Ressalve-se que, acaso seja destituído qualquer membro do conselho, cuja eleição ocorreu pelo sistema proporcional, não há substituição, devendo-se proceder a uma nova votação de todo o órgão, nos termos do § 3º do art. 141 da Lei das Sociedades Anônimas.

⁶⁶ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 318.

⁶⁷ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 318.

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 220.

⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 223-225.

1.6. Diretoria

É órgão de cunho eminentemente executivo e técnico, e de natureza obrigatória na estrutura administrativa de qualquer sociedade anônima. A ela cabe a administração direta da companhia, ou seja, concretizar os objetivos sociais e aquilo que for deliberado em assembleia e no conselho de administração. No plano externo, incumbe a ela “manifestar a vontade da pessoa jurídica”⁷⁰, vez que é a única competente a representar a companhia mediante terceiros⁷¹.

Deve contar com ao menos dois membros, pessoas naturais, que não precisam ser acionistas, cujo prazo de gestão é de no máximo três anos, sendo possível a recondução. É comum que os diretores da companhia sejam empregados dela; neste caso, há regime jurídico específico e peculiar⁷². O número de diretores é fixado pelo estatuto, respeitando o mínimo de dois. Quem a elege é o conselho de administração ou, alternativamente, a assembleia geral.

Interessa notar que não se trata de órgão coletivo (isto é, em que as deliberações ocorrem por maioria), mas de órgão cujos membros detêm competência individual para a realização dos atos, salvo disposição estatutária ou deliberação de assembleia em sentido contrário. Outrossim, é possível que cada diretor tenha atribuições específicas, com divisão de tarefas e competências⁷³. Os diretores não precisam de autorização para a realização de atos e operações que guardem relação com o objeto da companhia, mas não detêm competência para praticarem atos estranhos a ele, salvo expressa autorização da assembleia geral⁷⁴.

A lei faculta à companhia inserir em seu estatuto dispositivo que exija prestação de caução por aqueles que ocupem cargo de administrador. Antes, era

⁷⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 226.

⁷¹ Art. 138, § 1º da Lei 6.404/1976: “O Conselho de Administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores”.

⁷² Trata-se de tema polêmico na área trabalhista. Isto porque, a princípio, não se enquadraria o diretor na condição de empregado; ocorre que é necessária a avaliação caso a caso e, na maioria deles, o elemento subordinação mantém-se, razão pela qual o vínculo empregatício deve ser reconhecido. Ademais, parte da doutrina entende que o contrato de trabalho fica suspenso nesse quadro. CORRÊA-LIMA entende “ser correta a distinção entre administrador-empregado e administrador-não-empregado de uma companhia. Empregado seria aquele, já titular desse *status*, alçado à posição de administrador e que teria o contrato de trabalho suspenso, como quer Délio Maranhão (Maranhão, 1978:63). Não-empregado seria o administrador já contratado como tal, para administrar a sociedade”. (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 233-234.)

⁷³ Arts. 143 e 144 da Lei 6.404/1976. Ainda, BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 319-320 e COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 226-227.

⁷⁴ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 226. Comentário ao “caso pais e filhos”.

obrigatória, porém tornou-se irrelevante, ou simbólica, pois não era capaz de incorporar toda a responsabilidade que assume o administrador. Mas, se o estatuto a exigir, é condição sem a qual não pode ser empossado o eleito⁷⁵.

Requião sustenta crítica no sentido de que o elevado número de diretores não acionistas está criando uma “civilização de gerentes”, sendo eles “espécie de gestor sem propriedade que se contrapõe, na hierarquia social atual, aos proprietários sem gestão (acionistas)”⁷⁶. Para o autor, a grande problemática a respeito do tema é a imoralidade na atuação dessa classe, ao entendimento de que “o moderno gerente é, na verdade, uma vitória da classe média, o qual não sente nem tem compromissos, a não ser com a empresa que dirige”⁷⁷.

As demais normas relevantes a respeito do conselho de administração e da diretoria, em especial aquelas que tocam aos deveres e responsabilidades dos administradores, serão adiante tratadas em capítulo próprio.

2. Deveres dos administradores da companhia

Para que se possa proceder à análise da responsabilidade civil dos administradores das companhias, é imprescindível o estudo dos deveres a eles imputados. Este é o escopo deste capítulo, ou seja, conceituar os principais deveres dos administradores, insculpidos nos artigos 153 a 157 da Lei 6.404/1976, para que, posteriormente, em capítulo próprio, possa ser verificado o que o seu descumprimento implica.

Deste modo, serão três os deveres explorados, vez que entendidos como deveres básicos dos administradores, quais sejam, o dever de diligência (artigo 153), de lealdade (artigo 155) e de informar (artigo 157). Não obstante, a Lei explora outros temas que também implicam deveres de observância obrigatória aos dirigentes das companhias, como o de agir no interesse da empresa, sem perder de vista a sua função social (artigo 154), e o de não atuar em conflito de interesses (artigo 156). As cinco problemáticas são individualmente tratadas neste capítulo, ainda que algumas estejam intrinsecamente ligadas (como, por exemplo, o conflito de interesses e o dever de lealdade).

⁷⁵ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 210.

⁷⁶ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 205.

⁷⁷ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 205.

Côrrea-Lima, entretanto, entende que os deveres essenciais imputados aos administradores das sociedades anônimas são três: dever de obediência, de diligência e de lealdade⁷⁸. Segundo o autor, pode-se sintetizar toda a questão dos deveres dos administradores no brocardo latino *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (ou seja, viver honestamente, não prejudicar a ninguém, dar a cada um o que é seu)⁷⁹. Embora não destaque os cinco aspectos legais supra mencionados, Côrrea-Lima não os ignora. É que, para ele, o dever de informar, por exemplo, é decorrência do dever de lealdade, assim como o dever de votar no interesse da companhia e de não se valer de informações privilegiadas (*insider trading*)⁸⁰. Neste trabalho, utilizar-se-ão as diretrizes que a Lei 6.404 propõe⁸¹, sem prejuízo, contudo, de se explorar os ensinamentos de Côrrea-Lima acerca do conteúdo de cada um dos deveres.

Percebe-se que os deveres cominados aos administradores são de certa forma bastante genéricos. Como tentativa de delimitação, a CVM elaborou o Parecer de Orientação nº 35 de 2008⁸², no qual buscou dar-lhes concretude no contexto específico das operações de fusão, incorporação e incorporação de ações envolvendo sociedades controladoras e controladas e as sociedades em controle comum. Em suma, o que se concluiu foi:

A CVM entende que, para cumprir com seus deveres e alcançar os resultados esperados pela Lei nº 6.404, de 1976, os administradores de companhias abertas devem instituir procedimentos e tomar todas as medidas necessárias para que a relação de troca e demais condições da operação sejam negociados de maneira independente. Um processo de negociação independente tende a propiciar a comutatividade da operação e a demonstrar o cumprimento dos deveres fiduciários previstos em lei.

⁷⁸ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 227 e CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 56.

⁷⁹ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 227.

⁸⁰ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 71-88 e CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 228-231.

⁸¹ Não apenas a Lei, mas também autores como Tavares Paes e Rubens Requião seguem estritamente a divisão realizada pela Lei 6.404 e, com algumas diferenças (como, por exemplo, tratar do conflito de interesses em conjunto com o dever de lealdade, por entendê-lo consequência, do que, inclusive, não se discorda, conforme se tratará mais adiante neste capítulo) Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro.

⁸² Parecer de Orientação nº 35 do Conselho de Valores Mobiliários de 1º de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/infos/pare035comunicado.asp>.

Para concretizar ainda mais a aferição do cumprimento desses deveres, a CVM elencou quatorze procedimentos que devem ser observados nessas operações, além da instalação de um comitê com a função específica de negociação, da necessidade de se submeter as recomendações ao conselho de administração e, por fim, aspecto bastante interessante, a submissão da operação a voto dos acionistas não controladores, inclusive daqueles sem direito a voto ou cujo direito é restrito.

Insta registrar que, muito embora a localização das normas relativas aos deveres seja o capítulo XII da Lei das Sociedades Anônimas, destinado ao conselho de administração e à diretoria, alguns deveres são também imputados a outros órgãos societários.

É o caso dos membros do conselho fiscal que, por força do disposto no artigo 165 da Lei 6.404, estão sujeitos aos deveres dos artigos 153 a 156. Ou seja, de todas as cinco diretrizes supra mencionadas, apenas não se aplica aos conselheiros fiscais o dever de informar, o que de certa forma é inerente à sua função, eis que o conselho fiscal não se imiscui na atividade propriamente de gestão da companhia. Ressalte-se que o descumprimento dos deveres legais implica ao conselheiro responsabilização, nos termos do artigo 165⁸³.

Por fim, previamente à análise dos deveres legais básicos, importa a ressalva de que há outros deveres contemplados na Lei das Sociedades Anônimas, destacados por Coelho⁸⁴. É o caso do dever de convocação da assembleia geral ordinária pelos competentes para tanto (artigo 123); da necessária disponibilização aos acionistas para a realização da assembleia geral ordinária, de documentos relativos à administração da companhia (artigo 133); de elaboração das demonstrações financeiras de cada exercício social (artigo 176); e, por fim, de preparação, pelo conselho fiscal, de laudo que demonstre a incapacidade de a companhia realizar a distribuição de dividendos obrigatórios por conta de sua situação financeira.

Ainda para Coelho, há deveres implícitos na Lei 6.404 que também devem ser estritamente observados e que, caso não sejam, implicam a mesma

⁸³ Art. 165 da Lei 6.404/1976: “Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto”.

⁸⁴ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 242-243.

responsabilidade civil daqueles expressamente previstos. O autor extrai os seguintes deveres da Lei das Sociedades Anônimas: i) obediência ao estatuto (veja-se que este dever, para Côrrea-Lima, é um dos pilares dos deveres básicos dos administradores); ii) cumprimento das deliberações tomadas em órgãos societários de hierarquia superior; iii) mútuo controle entre os administradores; e iv) não competir com a sociedade⁸⁵.

2.1. Dever de observância dos interesses da companhia em conjugação com a função social da empresa

O cerne do dever que ora se explora é a obrigação de o administrador da companhia atuar, mediante os mecanismos e poderes que a lei e o estatuto lhe conferem, em prol dos fins e interesses da companhia.

Já se mencionou anteriormente, entretanto, que a empresa não mais pode ser vista tão somente como meio de auferir lucro, já que “nos dias presentes, a companhia tem severos e graves deveres para com a coletividade em cujo meio atua”⁸⁶. A sua função social passou a ser aspecto essencial no estudo da companhia, pois a ela é inerente e necessária. Por esta razão, o dever em crivo não se resume ao seu cerne. Isto porque, embora deva atuar de modo a lograr os fins e interesses da companhia, o administrador deve fazê-lo atendendo às exigências do bem público e da função social da empresa.

Este dever está positivado no artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas, segundo o qual “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e as exigências do bem público e da função social da empresa”. Deste modo, percebe-se que a realização da função social é grande preocupação da Lei 6.404, imputando-a como dever de necessária e estrita observância, tanto aos administradores, mediante o artigo 154, quanto aos controladores, pelo artigo 116, parágrafo único.

Nos parágrafos 1º e 2º do artigo 154 da Lei encontram-se elencados atos vedados aos administradores, vez que configurariam o chamado desvio de poder. Assim, o *caput* e os parágrafos do artigo 154 são complementares entre si, posto

⁸⁵ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 243.

⁸⁶ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 214.

que “aquele define a finalidade das atribuições do administrador, enquanto os parágrafos detalham o desvio de poder”⁸⁷.

O desvio de poder é passível de ser entendido como “o afastamento dos deveres que a lei e o estatuto impõem ao administrador”⁸⁸. Segundo Requião, é situação que pode ocorrer quando o administrador fica contaminado de certa megalomania ao se perceber detentor de grande poder e, por consequência, entende-se no direito de favorecer amigos e seus próprios interesses às expensas da companhia⁸⁹.

A primeira das condutas proibidas, inserta no § 1º do artigo 154⁹⁰, claramente decorre da obrigação de agir em função dos interesses e finalidades da empresa que administra. Para Requião, vale o registro, trata-se de decorrência do dever de diligência⁹¹. Cuida-se aqui, da vedação de o administrador privilegiar os interesses dos sócios que o elegeram para o cargo, em detrimento dos deveres que possui frente aos demais sócios.

No § 2º há a vedação e descrição de três condutas específicas⁹². A primeira delas é a prática de atos de liberalidade às custas da companhia. Valverde os define como atos que “diminuem, de qualquer sorte, o patrimônio social, sem que tragam para a sociedade nenhum benefício ou vantagem de ordem econômica”⁹³. Além das hipóteses mais evidentes, como atos filantrópicos desautorizados pelo estatuto ou pela assembleia, pode-se citar a distribuição disfarçada de lucros⁹⁴. Se praticados

⁸⁷ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 245.

⁸⁸ PAES, P. R. Tavares. **Responsabilidade dos administradores de sociedades**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 36.

⁸⁹ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 215.

⁹⁰ Art. 154, § 1º da Lei 6.404/1976: “O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres”.

⁹¹ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 214.

⁹² Art. 154, § 2º da Lei 6.404/1976: “É vedado ao administrador: a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia; b) sem prévia autorização da assembléia geral ou do Conselho de Administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; c) receber de terceiros sem autorização estatutária ou da assembléia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.”

⁹³ Prossegue o autor: “A sociedade anônima é uma instituição destinada a auferir lucros. Os atos dos diretores, portanto, devem cingir-se aos que, nos limites da exploração do objeto social, visam à consecução daquela finalidade. Eles administram um patrimônio alheio, e, portanto, não podem, em princípio, dar o que não lhes pertence”. (VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedade por ações**. Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1941, p. 39.)

⁹⁴ P. R. Tavares, op. cit., p. 37.

atos desta natureza, serão de responsabilidade integral e exclusiva do administrador que, inclusive, pode ser destituído do cargo⁹⁵.

Não obstante, o § 4º prevê a possibilidade de o conselho de administração ou a diretoria autorizarem a prática de atos gratuitos, desde que razoáveis, em benefício de seus empregados e ou da comunidade em que está inserida a companhia⁹⁶. É possível dizer que se trata de mecanismo proposto pela lei como meio de se atingir a função social da empresa e de corresponder ao interesse público.

A segunda conduta proibida é a tomada de empréstimo de recursos, bens, serviços ou créditos da empresa em seu favor, de terceiros ou sociedade em que tenha interesse, sem a devida prévia autorização da assembleia geral ou conselho de administração. P. R. Tavares Paes destaca que essa vedação persiste acaso este ato seja disfarçado mediante *interposita personae*⁹⁷.

Por fim, é vedado o recebimento de suborno ou “vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo”⁹⁸. É possível, como prevê a lei, que a assembleia geral ou o estatuto autorizem a percepção de benefícios, o que descaracteriza a natureza ilícita dessas vantagens.

Para Requião, este é um dos problemas mais contundentes na administração das sociedades, eis que “os interesses que as empresas controlam, sobretudo as de grande dimensão, são de tal vulto que é comum o amaciamento de diretores através de presentes ou mesmo de propinas secretas”⁹⁹. Como sanção a essa conduta, que não é penalmente tipificada, a lei prevê, no § 3º do dispositivo ora estudado, que todas as importâncias recebidas a título de suborno ou vantagem pessoal pertencerão à companhia¹⁰⁰.

⁹⁵ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 215.

⁹⁶ Art. 154, § 4º da Lei 6.404/1976: “O Conselho de Administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais”.

⁹⁷ PAES, P. R. Tavares, op. cit., p. 39.

⁹⁸ Art. 154, § 2º, alínea “c” da Lei 6.404/1976.

⁹⁹ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 215.

¹⁰⁰ Art. 154, § 3º da Lei 6.404/1976: “As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2.º pertencerão à companhia”.

2.2. Dever de diligência

O dever de diligência deve ser observado pelos administradores da companhia, ou seja, membros do conselho de administração e da diretoria, visto que inserto no capítulo que disciplina estes órgãos, e porque assim expressamente mencionado na Lei 6.404, no artigo 153. É imputado, também, aos conselheiros fiscais, por força do disposto no artigo 165 do mesmo diploma legal¹⁰¹.

O dever insculpido no artigo 153 é, nos termos do dispositivo, o de “empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”¹⁰². Para Côrrea-Lima, a diligência é o dever central, do qual decorrem todos os demais¹⁰³.

Trata-se de conceito de difícil aplicação, em virtude de sua fluidez ou falta de concretude. Coelho aponta, no entanto, que o direito estrangeiro não traz soluções melhores, recaindo sempre em conceitos vagos como os trazidos na Lei brasileira¹⁰⁴. No direito americano, por exemplo, fala-se em *duty of care*, igualmente carecedor de definição precisa.

Na tentativa de conceituá-lo, Côrrea-Lima diz que a diligência equivale a um “cuidado ativo, zelo, aplicação, atividade, rapidez, presteza”¹⁰⁵ sendo, assim, mais do que simples prudência.

A ideia de “homem ativo e probo” parece desatualizada e em descompasso com a dinâmica empresarial. É salutar que o que se espera do administrador está para além disto, relacionando-se muito mais com a tecnicidade de suas decisões. Neste sentido, Coelho ensaia um método de aplicação do dever de diligência. Para ele, é diligente o administrador que observa a gama de conhecimentos técnicos relativos ao ramo da administração de empresas, atuando de acordo com o que eles aconselham, e não de forma diversa¹⁰⁶. Portanto, o dever de diligência é observado

¹⁰¹ Art. 165, *caput* da Lei 6.404/1976: “Os membros do conselho fiscal têm os mesmos deveres dos administradores de que tratam os arts. 153 a 156 e respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação de lei ou do estatuto”.

¹⁰² Art. 153, *caput* da Lei 6.404/1976.

¹⁰³ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 65.

¹⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 243.

¹⁰⁵ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 228.

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 244.

na medida em que o administrador “emprega na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da ‘ciência’ da administração de empresas”¹⁰⁷. Deste modo, rejeita a noção tradicional de que o dever de diligência se traduziria em atuar como bom pai de família, algo de pouca aplicabilidade prática e atualidade, ao contrário da verificação objetiva da correção técnica das decisões tomadas pelo administrador. Verifica-se, ainda, que para Coelho este dever corresponde a uma obrigação de meio, e não de fim.

Ainda que se adote o critério supra mencionado, não se afasta a ponderação de Côrrea-Lima de que o elemento subjetivo, em se tratando de dever de diligência, é inafastável¹⁰⁸, estando sempre presente quando da necessidade de se analisar a conduta de um administrador, o que dificulta sobremaneira o trabalho do julgador em caso de ação de responsabilidade, por exemplo.

2.3. Dever de lealdade

A ideia de lealdade também parece bastante abstrata em se tratando da administração de empresas. No entanto, a Lei 6.404 é hábil em prescrever a que se refere o dever de lealdade, inserto no artigo 155¹⁰⁹. Em seu *caput*, tem-se a proposição geral: “O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios”.

Para Côrrea-Lima, a lealdade “significa sinceridade, franqueza, honestidade”¹¹⁰ e corresponderia ao “preceito bíblico, segundo o qual o homem não deve servir a dois senhores”¹¹¹, sendo, sobretudo, um preceito ético¹¹². Deste modo, para o autor, o dever de informar seria mero corolário do dever de lealdade, assim como as proibições de prática de ato de liberalidade às expensas da companhia, de tomar empréstimos não autorizados da sociedade e de recebimento de vantagens pessoais.

¹⁰⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 244.

¹⁰⁸ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 65-70.

¹⁰⁹ A CVM editou a Instrução nº 31 de 08 de fevereiro de 1984, que trata do dever de lealdade. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiato.asp?Tipo=I&File=/inst/inst031.htm>.

¹¹⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 228.

¹¹¹ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 71.

¹¹² CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 72.

Nos incisos I, II e III do artigo 158, a Lei elenca condutas e as imputa proibidas. Nos parágrafos do mesmo artigo, o diploma trata da matéria de *insider trading*. São essas as duas diretrizes no estudo do dever de lealdade.

A começar pelos atos vedados aos administradores, o primeiro deles (descrito no inciso I) é a utilização em benefício próprio ou de terceiro de oportunidades comerciais de que venha a ter conhecimento em razão do cargo que ocupa. Neste caso, não é necessário prejuízo para a companhia para que a conduta seja ilícita. No inciso II, tem-se que constitui ilícito a omissão “no exercício ou proteção de direitos da companhia”, ou ainda deixar de aproveitar oportunidade comercial de interesse da companhia com o fim de obter vantagem. Por fim, é vedada a aquisição para revenda com lucro de bem ou direito necessário à companhia, “ou que esta tencione adquirir” (inciso III). Requião assevera que as condutas elencadas nos incisos do artigo 155 são meramente enumerativas, e não taxativas ou exaustivas¹¹³.

Para Requião, fundamental foi a tipificação realizada pela Lei 6.404:

Esses atos, tão freqüentes na administração das companhias brasileiras, muito levaram ao descrédito público a sociedade anônima em nosso país. Esse natural acesso dos administradores à sociedade, permitia-lhes dela usar como instrumento de enriquecimento próprio e de seu grupo de amigos (...). O ato poderia ser acoimado de imoral, mas jamais de ilegal. Hoje, como valioso preceito que a lei oferece, é possível a qualquer acionista combater a prática de atos tão insidiosos quanto ilegais.¹¹⁴

Por outro lado, Waldírio Bulgarelli severamente critica este modelo enumerativo de condutas tidas por desobedientes à lealdade. Para ele, o legislador de 1976 pecou pois demonstrou desconhecer a ética, a qual deve guiar todas as ações dos administradores. Segundo ele, se constata “tristemente, a falta de uma noção precisa da ética empresarial, a qual aliás é desconhecida na generalidade do nosso meio, engajadas as empresas numa política de desperdício e exploração do consumidor”¹¹⁵.

Quanto ao *insider trading*, Requião explica a origem da necessidade de norma vedando esse tipo de conduta, bastante interessante para a exata compreensão do que ele significa¹¹⁶.

¹¹³ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 216.

¹¹⁴ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 217.

¹¹⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Direito comercial II**. São Paulo: Atlas, 1977-1978, p. 205.

¹¹⁶ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 217.

Segundo o autor, na década de 1970 o governo empenhou-se no incentivo à aglutinação (fusões e incorporações) de empresas seguradoras e entidades financeiras, com o fim de instituir uma economia de escala e para que assim pudessem competir internacionalmente. Neste contexto,

observou-se, então, no mercado, o movimento de inumeráveis fusões de empresas sob a forma anônima, ocasião em que os diretores obtiveram enormes vantagens na execução, em suas empresas, daquele objetivo econômico-político da administração federal. Ao se projetar a incorporação de uma empresa em outra, os dirigentes destas passavam despudoradamente a adquirir lotes e lotes de ações em sigilo, sem dar conhecimento aos acionistas dos propósitos e programas da empresa. Comprando as ações desvalorizadas das empresas a serem incorporadas, geralmente em estado econômico-financeiro precário, usufruíam tais dirigentes enormes lucros nessas operações. Quando os acionistas minoritários e dispersos tomavam conhecimento do projeto, pela divulgação dos atos de convocação de assembléias, já era tarde demais e se tinham desfeito de suas ações.¹¹⁷

O *insider trading* é conduta expressamente vedada apenas no âmbito das companhias abertas, sobre o que lamenta Requião¹¹⁸. Quanto ao seu conceito, mais propriamente, inicia a Lei 6.404 por exigir que o administrador guarde sigilo sobre informações não divulgadas ao mercado e que influirão de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, bem como garanta que os seus subordinados mantenham a mesma discricção (§§ 1º e 2º do artigo 155).

Em caso de descumprimento desta norma, o § 3º garante à pessoa prejudicada na operação o direito a indenização por perdas e danos frente ao infrator.

O § 4º do mesmo artigo, por outro lado, veda ao administrador a utilização de informações relevantes não divulgadas com o fim de obter vantagem pessoal para si ou para outrem no mercado de valores mobiliários.

2.4. Dever de informar

Cuida-se de dever relevante quando se trata de companhias abertas, posto que intrinsecamente ligado ao mercado de capitais. Consiste em instituto importado

¹¹⁷ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 217.

¹¹⁸ Para o autor, "é de se lamentar e estranhar que o preceito acima transcrito se aplique, apenas, à companhia aberta, quando deveria estender-se à sociedade fechada ou familiar. Nestas, quando houver acionista dissidente, ficará ele inerte em face da insídia do administrador que praticar o *insider trading*". (REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 218.)

do direito norte-americano, denominado *disclosure*. Requião conceitua e delimita o dever de informar:

Trata-se do dever de revelar certas situações e negócios em que a companhia e os administradores estão empenhados, e que podem influir no mercado, no que se refere aos valores mobiliários por ela emitidos. A *disclosure* constitui, pois, um conjunto de regras que visam a proteger a lisura e a respeitabilidade do mercado de capitais. Não se refere propriamente à informação sobre os negócios inerentes à realização do objeto social da companhia, pois esses integram e são protegidos pelos princípios do sigilo profissional da empresa, mas diz respeito a tudo aquilo que possa influir na cotação dos valores mobiliários (ações, debêntures etc.) emitidos pela companhia, e que são objeto de operações do mercado.¹¹⁹

Antes de se explorar as especificidades do dever de informação é conveniente dividi-lo em duas vertentes, como faz Côrrea-Lima¹²⁰. A primeira é relativa ao dever do administrador de informar dados sobre ele próprio; a segunda refere-se à informação de dados pertinentes aos negócios da companhia. Coelho faz outra divisão, que poderá ser percebida quando elencadas as informações que devem ser prestadas, com os respectivos destinatários¹²¹. Para ele, pode-se classificar em informações para esclarecimento de acionistas e comunicações ao mercado.

Seguindo a classificação operada por Côrrea-Lima, inicia-se pelos deveres relativos à informação de dados do próprio administrador, que estão no *caput* e § 1º do artigo 157 da Lei 6.404/1976. São dois momentos em que deve o administrador prestar informações. Primeiramente, quando toma posse no cargo, deve indicar “o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular”¹²². Após, em assembleia geral¹²³, quando acionistas representantes de ao menos 5% do capital social assim requererem, deve informar: i) “o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior”; ii) “as opções de compra de ações que tiver contratado ou

¹¹⁹ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 220.

¹²⁰ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 228-229.

¹²¹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 247.

¹²² Art. 157, *caput* da Lei 6.404/1976.

¹²³ Nestas situações, cabe mencionar o disposto no § 2º do artigo 157: “Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela meda da assembléia, e fornecidos por cópia aos solicitantes”.

exercido no exercício anterior” e iii) “os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo”¹²⁴.

De outro vértice, as informações relativas aos negócios da companhia e que devem ser divulgadas – conforme a bem posta delimitação de Requião supra mencionada –, são o que mais propriamente podem constituir o cerne da *disclosure*.

Em primeiro lugar, embora possa parecer mais pertinente com dados relativos aos administradores, pode-se mencionar o dever de informar “as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível”¹²⁵, quando assim exigido por acionistas que representem 5% do capital social ou mais. Também mediante esse mínimo de sócios requerentes, deve o administrador informar “quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia”¹²⁶.

Os deveres de informação até esse ponto citados são claramente internos à companhia, razão pela qual o § 3º do artigo 157 dispõe que “a revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem”.

Prosseguindo quanto ao dever de informar, externamente, dados relativos aos negócios da companhia, é central o disposto nos §§ 4º e 6º do artigo 157¹²⁷, que merecem transcrição, respectivamente:

Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e às bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia.

¹²⁴ Art. 157, § 1º, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei 6.404/1976.

¹²⁵ Art. 157, § 1º, alínea “d” da Lei 6.404/1976.

¹²⁶ Art. 157, § 1º, alínea “e” da Lei 6.404/1976.

¹²⁷ Coelho informa que, no Brasil, essas informações estão disponibilizadas no *site* da CVM, sem prejuízo da necessidade de se providenciar a sua publicação na imprensa comum. (COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 248.)

Para Coelho, estas comunicações ao mercado são o aspecto mais importante do dever de informar¹²⁸. O autor destaca ainda que, para garantir a idoneidade das informações prestadas, a Lei das Sociedades Anônimas impõe esse mesmo dever ao controlador (artigo 116-A) e aos conselheiros fiscais (artigo 165-A).

O objetivo dessa disponibilização das informações é atender ao princípio do *full disclosure*, que visa a assegurar aos investidores oportunidades igualitárias nas negociações no mercado mobiliário¹²⁹.

O § 5º da norma contida no artigo 157 e parágrafos, autoriza que os administradores deixem de prestar as informações a que se referem a alínea “e” do § 1º e o § 4º se as entenderem, quando publicizadas, lesivas aos interesses da companhia. Se desta decisão discordarem os destinatários das informações, a CVM decidirá pela obrigação de prestá-las ou não, de modo que não se trata de campo de discricionariedade do administrador.

Por fim, para além do que estabelece a Lei das Sociedades Anônimas como informações que necessariamente devem ser divulgadas ou fornecidas aos acionistas, há também obrigações desse gênero em leis esparsas.

É o caso de prestar informações ao CADE, SDE ou SEAE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Secretaria de Direito Econômico e Secretaria de Acompanhamento Econômico, respectivamente, órgãos que atuam no âmbito do Direito Antitruste –, quando solicitadas. Atualmente, este dever está inserto no artigo 26 da Lei 8.884/1994¹³⁰, e seu descumprimento implica multa¹³¹.

2.5. Conflito de interesses

De certa maneira, o conflito de interesses é matéria que pode ser estudada como um dos aspectos do dever de lealdade. Isto porque o conflito de interesses se

¹²⁸ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 247.

¹²⁹ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 248.

¹³⁰ Art. 26 da Lei 8.884/1994: “A recusa, omissão, enganiosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIR, podendo ser aumentada em até 20 (vinte) vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator”.

¹³¹ Antes, esta obrigação já aparecia na Lei 4.137/1962 (revogada pela Lei 8.884/1994) no artigo 80, *caput* e parágrafo único, mas a punição em caso de inobservância era de detenção de um a três meses. (PAES, P. R. Tavares, op. cit., p. 42-43.)

configura em circunstâncias ou operações nas quais os administradores poderiam obter vantagens pessoais mediante o exercício do cargo que ocupam. Deste modo, em observância ao dever legal de lealdade, os administradores que nesta situação se encontrarem não devem participar da operação ou dela tirar proveito.

O dever do administrador ora em estudo consiste, portanto, em “se abster de atuar nas operações desenvolvidas pela companhia em que tenha interesse conflitante com o social”¹³².

É importante compreender, então, o que é o interesse social. Para Penteado, ele não se traduz no interesse dos sócios, mas em um interesse comum, voltado ao objetivo da empresa. Haveria, então, uma comunhão voluntária, ou seja, mobilização dos sócios para a realização do objeto social. Nota, no entanto, que o objetivo final é a busca pelo lucro a ser dividido, porém o objetivo geral, da sociedade, é o exercício da atividade de empresa¹³³.

Dispõe o artigo 156, *caput*, da Lei 6.404:

É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do Conselho de Administração ou na diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

É, portanto, dever do administrador informar e especificar o seu impedimento, bem como as razões dele e, ainda, abster-se de participar das decisões acerca da operação em questão. Se não o fizer, o § 2º imputa anulável o negócio jurídico realizado, e o administrador que percebeu a vantagem deverá transferir todos os valores para a companhia.

A razão para que seja vedada a participação de administrador em decisão com interesse conflitante com o da companhia tem fulcro, segundo Coelho, na própria natureza humana, eis que a tendência natural seria a de privilegiar o interesse particular em detrimento daquele da sociedade¹³⁴.

¹³² COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 246.

¹³³ PENTEADO, Mauro Rodrigues. Reorganização operacional e societária. Ação declaratória de nulidade de deliberações de conselho de administração de S/A. Suposto conflito de interesses: parecer. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 46, n. 146, abr./jun. 2007, p. 246.

¹³⁴ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 246.

A grande discussão no que toca ao tema do conflito de interesses é a natureza deste impedimento do administrador, se seria material ou formal. A corrente *formalista*, minoritária, integrada por Carvalhosa, entende que o voto do administrador impedido comina nula a deliberação, ainda que não tenha sido vencedor. Coelho entende que o administrador não pode participar da operação, vez que não detém condições de atuar com a diligência e isenção¹³⁵. Por outro lado, a corrente materialista foca sua preocupação no conteúdo do voto. Assim, para esta vertente, o conflito de interesses deve ser analisado casuisticamente, após a prolação do voto, restando hígida a deliberação na qual, embora tenha participado o administrador impedido, o interesse social prevaleceu¹³⁶.

Não obstante o exposto, o § 1º autoriza que o administrador contrate com a companhia – ou seja, como pondera Coelho, que contrate consigo mesmo pois, embora aparentemente sejam duas vontades, é a mesma pessoa que as emite¹³⁷ –, desde que em condições razoáveis ou equitativas, “idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros”.

Vale, porém, a ressalva de que o administrador de instituição financeira está sempre proibido de contratar com o banco por ele administrado, quando se tratar de mútuo, na condição de mutuário¹³⁸.

3. Responsabilidade civil dos conselheiros e diretores

3.1. O estudo da exceção

Tratar do tema da responsabilização dos administradores de sociedades anônimas é estudar, em verdade, a exceção. Para compreendê-lo é preciso repensar algo primário, a atribuição de personalidade jurídica à reunião de pessoas,

¹³⁵ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 246.

¹³⁶ SANTOS, Fernanda Aviz. Sociedade anônima: Uma análise sobre a natureza do conflito de interesses dos membros do conselho de administração. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 46, n. 148, out./dez. 2007, p. 90-99.

¹³⁷ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 246.

¹³⁸ Art. 34, *caput* e inc. I da Lei 4.595/1964: “É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos: I - A seus diretores e membros dos conselhos consultivos ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges”.

ou seja, à sociedade, fenômeno que ocorre em razão de “necessidade imperiosa, do ponto de vista prático”¹³⁹.

Para Sobral Ferreira, procede-se à personalização do grupo que se reúne, em função de fator associativo, para possibilitar a atuação em uma unidade, representando uma individualidade¹⁴⁰. A par dos estudos ainda mais basilares a respeito da natureza jurídica do instituto da pessoa jurídica, é certo que tal fenômeno é inegavelmente essencial e enraizado no ordenamento jurídico atual.

Sobre a atribuição de personalidade jurídica a um conjunto de pessoas associadas com um fim comum, é possível afirmar, de outra ótica, que esta opção tem relevante papel econômico. A importância do fenômeno consistiria, sobremaneira, no incentivo à atividade econômica, vez que a personalização faz separar o patrimônio da empresa e dos sócios¹⁴¹. De se considerar, porém, que Coelho, sobre a conexão entre atribuição de personalidade jurídica a grupos associados e o desenvolvimento econômico, diz que “não existe necessária correlação”¹⁴², já que a limitação de responsabilidade – que é o que verdadeiramente constitui incentivo à atividade econômica –, não é consequência *ipso facto* da atribuição de responsabilidade, posto existir hipóteses de sociedades personificadas cujos sócios (todos ou alguns) respondem pelas dívidas.

Embora atualmente pareça quase lógica a possibilidade de se dotar de personalidade jurídica a reunião de pessoas físicas destinada à exploração de uma atividade econômica, o Código Comercial não afirmava tal possibilidade, o que gerava infundável discussão doutrinária a este respeito – de um lado, aqueles que acreditavam que a personalidade jurídica é realidade preexistente que basta ser reconhecida, e de outro aqueles que a concebem como criação do direito, de modo que não poderia existir sem a devida previsão legal –, que veio a cessar apenas com a edição do Código Civil de 1916. Neste diploma, estabeleceu-se que as sociedades mercantis eram pessoas jurídicas de direito privado, o que se repetiu no vigente Código Civil de 2002¹⁴³.

¹³⁹ FERREIRA, Sobral. **Diretor, sociedade anônima, relação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 1.

¹⁴⁰ FERREIRA, Sobral, op. cit., p. 2.

¹⁴¹ “Em verdade, com a personificação da sociedade, o resultado prático que se busca é justamente a separação do patrimônio dos sócios em relação ao patrimônio da sociedade (...) São pessoas – sociedade e sócios – distintas e independentes umas em relação às outras”. (BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 150.)

¹⁴² COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 7.

¹⁴³ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 149-150.

Trocando em miúdos, o que se tem atualmente no direito societário brasileiro é a atribuição pela lei de personalidade jurídica às diversas associações de pessoas para fins empresariais, sendo que isso acontece a partir da inscrição “no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”¹⁴⁴. Há apenas dois tipos societários despersonalizados, caso da sociedade em comum e da sociedade em conta de participação (artigos 986 e 991 do Código Civil, respectivamente), sendo que em ambas a responsabilidade dos sócios é ilimitada (salvo quanto ao sócio participante/oculto na sociedade em conta de participação, o que decorre da própria estrutura e finalidades do tipo societário).

Os demais tipos societários, previstos nos artigos 997 e seguintes do Código Civil, são, em regra, de responsabilidade limitada. Isto, veja-se, é possível somente em função da separação patrimonial operada com a personalização da sociedade. São poucos os exemplos de sociedades personificadas cuja responsabilidade dos sócios é ilimitada¹⁴⁵, podendo-se citar a sociedade em nome coletivo (artigo 1.039 do Código Civil) que, justamente em virtude desta peculiar característica, é pouquíssimo utilizada.

A sociedade anônima, objeto do presente trabalho, que é personificada, tem a sua forma de limitação de responsabilidade ajustada à sua proposta essencial, a captação de recursos no mercado (companhia aberta), e o incentivo à atividade econômica. Isto porque, logo no artigo 1º da Lei das Sociedades Anônimas tem-se que “a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”.

É certo, entretanto, que o Direito admite, inclusive em outras formas societárias que não a sociedade anônima, a responsabilização dos sócios ou dos administradores em determinadas e específicas circunstâncias, em regra quando violados os deveres a eles imputados pela lei ou pelo contrato ou estatuto social. São essas hipóteses, no âmbito das sociedades anônimas, que se pretende esmiuçar neste capítulo.

¹⁴⁴ Art. 985 do Código Civil de 2002.

¹⁴⁵ É possível dividir os diversos tipos de sociedades de acordo com a forma de limitação de responsabilidade dos sócios. Seriam as sociedades de responsabilidade limitada a sociedade anônima e a limitada; de responsabilidade ilimitada as sociedades em comum (que é despersonalizada) e em nome coletivo; sociedades mistas seriam as sociedades em comandita simples e por ações. (BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 177 e 179.)

3.2. Natureza da responsabilidade dos administradores

É preciso, antes de adentrar no tema propriamente, realizar algumas delimitações ao que foi dito até este momento. No tópico anterior, falou-se nas razões de se atribuir personalidade jurídica às reuniões de pessoas com fins empresariais, na separação patrimonial que isto implica e, ao final, sobre a eventual limitação de responsabilidade dos sócios.

Em se tratando de sociedade anônima, os sócios têm, como mencionado, a sua responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. Ocorre que ao falar em administradores de sociedade anônima, está se falando em outra categoria dela integrante. É sabido que os membros do conselho de administração devem necessariamente ser sócios da companhia, e os diretores podem ou não ter esta qualidade¹⁴⁶. Os administradores, se tomados apenas como simples acionistas, terão a responsabilidade prevista no artigo 1º da Lei 6.404, ou seja, limitada ao preço de suas ações.

No entanto, em razão do papel que desempenham na companhia, a eles é imputada uma responsabilização diferenciada, que em nada se confunde com a dos sócios. Ela está prevista e descrita no artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas, sendo este o objeto de estudo. Pela análise de tal dispositivo verificar-se-á em quais situações podem os administradores – membros do conselho de administração e diretoria – terem a si imputada a responsabilidade pessoal¹⁴⁷.

Merece ressalva, porém, o entendimento de Carvalhosa, segundo o qual a incidência da norma do artigo 158 dá-se apenas quanto aos administradores eleitos pela assembleia geral. Isto significa que não diz respeito aos executivos contratados na forma da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a quem recairia apenas responsabilidade solidária com os administradores eleitos, em situações excepcionais, quando com eles atuarem em conluio¹⁴⁸.

A regra da não responsabilização dos administradores decorre de outro motivo que não apenas a atribuição de personalidade jurídica à sociedade. Deriva,

¹⁴⁶ Art. 146 da Lei 6.404/1976.

¹⁴⁷ O fato de anteriormente ter-se tratado do tema da responsabilização pessoal como se administradores e sócios fossem a mesma categoria é que, em grande parte das espécies societárias, a abertura da responsabilidade pessoal não leva em conta quem é exatamente o administrador, visto que muitas delas nem mesmo contam com essa espécie de sócio, ou seja, não se faz a distinção.

¹⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 355.

especialmente, da aplicação da teoria organicista¹⁴⁹, segundo a qual os diretores, ao atuarem, fazem presente a sociedade. Então, se a companhia manifesta-se por meio de seus diretores¹⁵⁰, quando estes celebram contratos com terceiros, estão fazendo-o em nome da sociedade, de modo que não há uma dualidade companhia-diretor, mas sim um único ente – a companhia – razão pela qual ela é a única responsável pelas obrigações sociais¹⁵¹.

No entanto, como antes referido, o artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas traz situações em que os administradores podem ser responsabilizados pelos atos que praticam em nome da companhia, nas quais responderá pessoalmente em face da sociedade e de terceiros prejudicados¹⁵². O dispositivo inicia repisando a regra geral de que “o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade”. Prossegue isentando-o também dos atos realizados “em virtude de ato regular de gestão”. É que, “se o administrador causar danos, agindo dentro dos seus poderes, a responsabilidade, a princípio, é exclusivamente da própria companhia, na medida em que se trata de um ato dela”¹⁵³. Ou seja, não é qualquer ato lesivo emanado da sociedade que é imputável pessoalmente ao administrador vez que, em regra, ele atua fazendo presente a própria sociedade.

Os incisos I e II trazem as circunstâncias em que os administradores responderão civilmente pelos prejuízos causados. A primeira hipótese de responsabilização ocorre quando o administrador causa prejuízos ainda que atuando “dentro de suas atribuições ou poderes”, porém com culpa ou dolo, de modo que neste caso a responsabilidade será subjetiva. A segunda hipótese ocorre quando o administrador atua “com violação da lei ou do estatuto” e sobre ela há controvérsia na doutrina se seria caso de responsabilidade objetiva, subjetiva com presunção de culpa ou subjetiva em sua acepção geral, questão a ser elucidada mais adiante. Será estudado em separado o conceito de ato regular de gestão, essencial para que se possa ou não atribuir responsabilidade ao administrador pelo ato praticado, e a responsabilidade subjetiva decorrente de ação dentro de suas atribuições e poderes.

¹⁴⁹ Referida no item 1.2. deste trabalho.

¹⁵⁰ Neste caso não é possível falar em membros do conselho de administração, porque a eles não é dado representar a companhia, conforme artigo 138, § 1º da Lei de Sociedades Anônimas.

¹⁵¹ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 356.

¹⁵² TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. Volume I. São Paulo: Atlas, 2009, p. 544.

¹⁵³ TOMAZETTE, Marlon, op. cit., p. 545.

Portanto, a imputação de responsabilidade dependerá da análise do caso concreto, primeiramente verificando se o ato pode ou não se subsumir ao conceito de ato regular de gestão (embora causador de dano). Sendo o caso, observar-se-á se o ato ilícito¹⁵⁴ foi praticado com culpa ou dolo, gerando responsabilização pessoal do administrador. Por fim, se for hipótese de violação da lei ou estatuto, a responsabilidade poderá ser objetiva, subjetiva ou subjetiva com presunção *iuris tantum* de culpa, conforme a corrente a que se filiar.

Ressalte-se que a responsabilidade do administrador de companhia tem índole aquiliana, ou seja, diz respeito à responsabilidade civil, extracontratual, contida no artigo 186 do Código Civil¹⁵⁵, ausente, portanto, o caráter contratual¹⁵⁶.

Importa registrar que, segundo Carvalhosa, os integrantes do conselho de administração, por ser este órgão colegiado cujas deliberações correspondem à vontade da maioria (a qual se traduz na vontade do próprio órgão), terão “responsabilidade colegiada”, ou “são responsáveis coletivamente pela deliberação tomada”¹⁵⁷. Podem exonerar-se de tal imputação, porém, por meio do mecanismo legal do parágrafo 1º do artigo 158 da Lei 6.404¹⁵⁸, a ser estudado adiante, em tópico próprio. Assim, os autores da ação de responsabilidade não poderiam escolher contra qual a proporiam, eis que todos os membros do conselho de administração são legitimados passivos. Por outro lado, os diretores atuam, em regra¹⁵⁹, individualmente, e não de modo colegiado, razão por que cada qual responde pelos seus próprios atos, ressalvado o contido nos parágrafos 1º, 2º e 4º do artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas, também a serem enfrentados¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Art. 186 do Código Civil de 2002.

¹⁵⁵ Art. 186 do Código Civil de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹⁵⁶ BULGARELLI, Waldírio. Apontamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 50, abr./jun. 1983, p. 93-94 e SANTIAGO, Márcia Andrade. A responsabilidade do administrador de sociedade anônima. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre: Síntese, v. 37, 2002, p. 110.

¹⁵⁷ CARVALHOSA, Modesto. Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a lei das S/A. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 699, jan. 1994, p. 38.

¹⁵⁸ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 38.

¹⁵⁹ Pode o estatuto prever competência conjunta para todas ou algumas atribuições.

¹⁶⁰ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 38.

3.3. Ato regular de gestão

Os administradores não se vinculam aos atos de gestão que praticam, já que, como antes referido, e que agora se adota como pressuposto, estes são imputáveis à própria companhia, em vista da teoria organicista¹⁶¹. Então, os conselheiros e diretores são “órgãos da pessoa jurídica, e é nessa qualidade que agem em nome e por conta da sociedade”¹⁶².

Assumindo-se que no inciso I do artigo 158 a lei imputará responsabilidade civil ao administrador pelo ato cometido dentro de suas atribuições e poderes, desde que com culpa ou dolo, a conclusão é a de que o ato regular de gestão é o exercido exatamente dentro das atribuições e poderes, sem culpa ou dolo, e que ainda assim foi capaz de gerar prejuízo ou dano.

Eduardo de Sousa Carmo entende que ato regular de gestão é o não defeso em lei e que tem por escopo a realização do objeto social da companhia¹⁶³. Para o autor, os administradores possuem “poderes intrínsecos”, também chamados de “faculdades *intra vires*”, que se constituem como poderes gerais de gestão e, por isso, não podem ser enumerados, indo para além do que propugna a lei, o estatuto, o conselho de administração ou a assembleia. Conclui, então, que o ato regular de gestão é aquele que tem por finalidade atingir o escopo societário, “que tem as variações próprias de cada objeto social particular”¹⁶⁴. Conclui Carmo:

A extensão do ato, em princípio, não tem o condão de infetá-lo como irregular, se teleologicamente se destina a atender ao objeto social. O que vicia o ato é a sua ilicitude. Se é praticado *intra vires*, isto é, nos limites do objeto social, de boa-fé e no interesse da companhia, é ele de regular gestão e não torna o administrador pessoalmente responsável pelas obrigações assim contraídas pela sociedade.¹⁶⁵

Sobre o proposto pelo autor supra referido, há de se ressaltar, porém, as hipóteses de violação do dever de diligência, por exemplo, que também podem se

¹⁶¹ Segundo SANTIAGO, “o ato é da pessoa jurídica, não do seu gestor-representante, daí a presunção *juris tantum* de que o ato fora praticado dentro dos poderes cabentes ao administrador, em concordância com a lei ou com os atos constitutivos da empresa, ou seja, exercidos no âmbito regular da gestão empresarial, a fim de que o administrador não seja individualmente responsabilizado, porque tão-somente externa a vontade da sociedade”. (SANTIAGO, Márcia Andrade, op. cit. 109.)

¹⁶² REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 223.

¹⁶³ CARMO, Eduardo de Sousa. **Relações jurídicas na administração das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 143.

¹⁶⁴ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 144.

¹⁶⁵ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 144.

confundir com a ideia de ato regular de gestão lesivo e praticado com culpa. Isto porque há casos em que o ato é praticado com o escopo de atingir os fins da companhia, porém a imperícia do administrador resultará em sua responsabilização.

A dificuldade em se conceituar o ato regular de gestão pode ser superada mediante a análise de exemplos do que seria a falta de gestão. Paes fornece alguns¹⁶⁶: i) a celebração de um contrato evidentemente desvantajoso para a companhia; ii) o pagamento de remunerações excessivas; e iii) a assinatura de cheque sem questionar os seus propósitos, sendo que estes seriam diversos ao objeto social¹⁶⁷.

Desde já se começa a notar que é demasiado intrincado falar na tríade ato regular de gestão, ato lesivo praticado com culpa ou dolo dentro de suas atribuições e poderes, e ato violador de lei ou de estatuto. Isto porque, muitas vezes um mesmo ato irregular pode se subsumir à hipótese de ato regular, porém lesivo e praticado com culpa ou dolo, mas também pode ser visto como violação da lei ou do estatuto (o que ocorrerá com frequência em se tratando de um dos deveres legais ou estatutários dos administradores).

3.4. Responsabilidade subjetiva por ato lesivo praticado dentro das atribuições e poderes

Trata-se aqui da imputação de responsabilidade ao administrador em razão de ter praticado ato dentro de suas atribuições ou poderes, causando dano à sociedade ou a outrem, mediante culpa ou dolo (artigo 158, inciso I da Lei 6.404).

Importa diferenciar, de início, o ato regular de gestão do ato realizado dentro de atribuições e poderes. Para Carmo, o primeiro tem caráter instrumental de perseguição do objeto social, enquanto o segundo está deferido em lei ou no estatuto, podendo inclusive ser uma espécie do primeiro, de modo que não podem ser confundidos, e conclui o autor: “o administrador que contrai obrigações em

¹⁶⁶ PAES, P. R. Tavares, op. cit., p. 47.

¹⁶⁷ Mais exemplos podem ser encontrados em Almeida, que cita diversos outros exemplos trazidos pela doutrina, ainda que seja inviável a exaustividade. (ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.)

virtude de atos regulares de gestão pode ou não estar procedendo nos limites se duas atribuições e poderes”¹⁶⁸.

Neste caso, fala-se em responsabilidade subjetiva, ou seja, que depende da prova, pelo interessado, de culpa ou dolo do administrador no seu agir¹⁶⁹. Isto decorre não apenas da dicção legal, clara neste sentido (eis que aloca no inciso os verbetes culpa e dolo), mas também da regra geral de responsabilidade civil, em que esta é objetiva apenas quando expressamente assim previr a lei.

Observa-se, então, que na hipótese ora em crivo está a se falar de ato *intra vires*¹⁷⁰. Ou seja, cuida-se de ato regular praticado pelo administrador, que está a atuar dentro dos limites da lei e do estatuto. Este ato, entretanto, vem a causar dano, seja por imprudência, negligência, imperícia ou manifesto intuito de causar prejuízo¹⁷¹.

O ato é viciado porque a culpa e o dolo lhe conferem finalidade distinta daquela exigida pelo interesse social, visto que o ato passa a traduzir vantagens para quem o praticou ou para terceiros¹⁷².

Diante disto, resta clara a motivação de Côrrea-Lima ao afirmar que as hipóteses contidas no inciso I do artigo 158 subsumem-se à violação dos deveres de diligência¹⁷³ – facilmente perceptível no que tange ao ato culposos – e de lealdade – relativamente ao ato doloso –, o que, ademais, explicita a intrínseca relação dos deveres dos administradores com as hipóteses de sua responsabilização civil.

Nota-se, então, que diversas situações práticas podem ser encaixadas na espécie, como a já mencionada celebração de contrato demasiado desvantajoso para a companhia¹⁷⁴, em que pode restar demonstrada a negligência ou imperícia do administrador, restando caracterizado o conceito de culpa, necessário para a responsabilização pelo inciso I do artigo 158 da Lei 6.404, bem como a violação ao dever de diligência, que lhe é imputado pelo artigo 153 do mesmo diploma legal.

¹⁶⁸ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 147.

¹⁶⁹ TOMAZETTE, Marlon, op. cit., p. 249.

¹⁷⁰ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 104-105.

¹⁷¹ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 329. Arnaldo Rizzardo diz que esta atuação seria aquela “no âmbito dos poderes inerentes ao cargo e regulamentações legais e estatutárias, mas eivada de culpa ou dolo, ou seja, desleixo, imprudência, negligência, imperícia, omissão voluntária ou proposital”. (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 546.)

¹⁷² ALMEIDA, Amador Paes de, op. cit., p. 77.

¹⁷³ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 104.

¹⁷⁴ Item 3.3. deste trabalho.

Ressalte-se que são infinitas as possibilidades de imputação de responsabilidade por culpa ou dolo em ato praticado dentro das atribuições. Isto porque as funções do administrador estão relacionadas com a realização do objeto social, o que por evidente varia de uma companhia para outra, e também podem estar distribuídas entre os vários administradores. Por esta razão, imprescindível é a análise casuística.

3.5. Responsabilidade por ato praticado com violação da lei ou do estatuto social

O inciso II do artigo 158 da Lei 6.404 prevê outra hipótese de responsabilização do diretor ou membro do conselho de administração, que ocorre quando a conduta se dá com violação da lei ou do estatuto.

Registre-se que a acepção de *violação da lei* é em sentido amplo, ou seja, diz respeito não apenas à obediência das normas de direito empresarial, mas de todas as do ordenamento jurídico pátrio¹⁷⁵.

Segundo Carmo, a lei contém limitações ao poder geral de gestão dos administradores¹⁷⁶. Seria o caso, por exemplo, da restrição operada pela lei quando esta atribui à assembleia geral o poder de autorizar a emissão de debêntures e de partes beneficiárias¹⁷⁷.

E, ainda, sobre a violação de norma estatutária, entende Carmo que não se deve considerar graus diferentes de obrigatoriedade entre a lei e o estatuto, visto que este é “lei complementar das sociedades anônimas”, que tem por fim alinhar o funcionamento da companhia no sentido de atingir seu objeto social. Segundo o autor, “a força obrigatória do estatuto está para a legalidade assim como a força obrigatória da lei está para a constitucionalidade” e, portanto, são regras normativas de igual obrigatoriedade¹⁷⁸.

Assim, não poderá o administrador escusar-se de tal responsabilidade sob alegação de desconhecimento da lei, o que decorre, inclusive, do artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁷⁹. E, por esta razão, parte da doutrina entende que,

¹⁷⁵ PAES, P. R. Tavares, op. cit., p. 51.

¹⁷⁶ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 150.

¹⁷⁷ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 151.

¹⁷⁸ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 152.

¹⁷⁹ PAES, P. R. Tavares, op. cit., p. 51.

nesses casos, haverá presunção *iuris tantum* de culpa, questão a ser mais adiante dirimida, ainda neste tópico.

Atuando o administrador mediante violação da lei ou do estatuto, e ainda violando o objeto social (ou seja, procedendo a uma conduta que não tem por finalidade atingi-lo), incorrerá em ato *ultra vires*¹⁸⁰. Pela teoria *ultra vires*, de origem anglo-saxônica, o ato dotado deste vício é aquele desvinculado ou estranho ao objeto da companhia. Segundo Requião, a violação do objeto social constitui-se propriamente e “evidentemente” uma violação ao estatuto¹⁸¹.

Inicialmente, a doutrina inquinava nulidade ao ato *ultra vires*. No decorrer do século XX, passou-se a entendê-lo como inimputável à pessoa jurídica, mas pelo qual poderia ser responsabilizado o seu administrador.

A aplicação da teoria *ultra vires* no sistema jurídico brasileiro está prevista na sociedade simples (artigo 1.015, parágrafo único, inciso III do Código Civil), que autoriza a oposição a terceiros do excesso de poder com o qual agiu o administrador. A Lei das Sociedades Anônimas não traz expressamente tal possibilidade, porém, no ora estudado inciso II do artigo 158, comporta a responsabilização do administrador pelo ato que praticou extrapolando os poderes que a lei ou o estatuto lhe concederam. Para Requião, a lei é omissa neste ponto, por não resolver a legalidade do ato *ultra vires*, apenas abrindo margem para a responsabilização do administrador¹⁸².

Segundo Carvalhosa, “a eventual nulidade do ato *ultra vires* não exime o administrador do ilícito”¹⁸³, o que também vale para a ratificação do ato em assembleia geral, isto porque “é inquestionável a restrição dos poderes estabelecidos na lei e no estatuto”¹⁸⁴.

Há grande controvérsia na doutrina a respeito da natureza da responsabilidade do inciso II do artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas. De um lado, autores como Carvalhosa¹⁸⁵ entendem que é caso de responsabilidade objetiva, partindo de uma leitura literal do dispositivo legal. Em sentido oposto, Coelho diz cuidar-se de hipótese de responsabilidade subjetiva, conforme a regra

¹⁸⁰ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 105.

¹⁸¹ REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 225.

¹⁸² REQUIÃO, Rubens, op. cit., p. 225 e 227.

¹⁸³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas, Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, 10.303, de 31 de outubro de 2001, e 11.638, de 28 de dezembro de 2007**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 367.

¹⁸⁴ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 367.

¹⁸⁵ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 368.

clássica da responsabilidade civil, ao entendimento de que esta é a regra, e qualquer exceção deve estar expressa na lei¹⁸⁶. A maior parte da doutrina, entretanto, posiciona-se pela responsabilidade subjetiva com presunção *iuris tantum* de culpa, podendo-se citar, a exemplo, Bertoldi e Ribeiro¹⁸⁷, Marlon Tomazette¹⁸⁸ e José Edwaldo Tavares Borba¹⁸⁹.

Para a corrente majoritária, o fato de não constar no inciso II do artigo 158 as expressões “dolo e culpa” não implica responsabilização objetiva, a qual apenas pode decorrer por expressa previsão legal, mas em uma espécie diversa da subjetiva, qual seja, com presunção *iuris tantum* de culpa. Nesta, a consequência é a incumbência, ao administrador, de provar que não agiu com culpa ou dolo.

O que há de diferente, portanto, quanto à hipótese do inciso I do artigo 158, é a distribuição do ônus probatório, que naquela circunstância recai sobre o interessado, enquanto que na do inciso II incumbe ao administrador.

Borba justifica o entendimento de que a culpa é presumida: “Tendo o administrador infringido o estatuto da sociedade ou a legislação aplicável, não se indaga a respeito da efetiva ocorrência de culpa, posto que esta se presume, como consequência do fato mesmo da infração cometida”¹⁹⁰.

Carvalhosa defende o posicionamento minoritário, de que a hipótese é de responsabilidade objetiva, ao fundamento de que a imputação, neste caso, advém de violação de encargos legais¹⁹¹. Esta posição é rechaçada por Coelho¹⁹² e Tomazette¹⁹³. O segundo afirma que “a responsabilidade objetiva não se presume, devendo decorrer claramente da lei, o que não ocorre na espécie”¹⁹⁴.

Bulgarelli formula crítica ao posicionamento de que a hipótese é de responsabilidade objetiva. Primeiro esclarece o autor que “a responsabilidade objetiva não implica nenhum juízo de valor relativo aos atos do responsável”, bastando a demonstração do nexa causal entre a conduta do agente e o dano sofrido¹⁹⁵. A razão desta modalidade é que o agente deve suportar os riscos da sua

¹⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 259-260.

¹⁸⁷ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 329.

¹⁸⁸ TOMAZETTE, Marlon, op. cit., p. 545.

¹⁸⁹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 427.

¹⁹⁰ BORBA, José Edwaldo Tavares, op. cit., p. 427.

¹⁹¹ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 368.

¹⁹² COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 250.

¹⁹³ TOMAZETTE, Marlon, op. cit., p. 545.

¹⁹⁴ TOMAZETTE, Marlon, op. cit., p. 545.

¹⁹⁵ BULGARELLI, Waldírio, op. cit., p. 95.

atividade, de modo que a reparação dos danos que causa será a contrapartida dos benefícios que aufer, especialmente em se tratando de atividade lucrativa¹⁹⁶. A objeção que possui consiste na constatação de que o ônus do risco tornaria insustentável ou ao menos desestimularia a atividade empresarial. Para além disso, conclui que:

Daí que levar ao extremo da responsabilidade objetiva pura, meramente causal, a situação dos administradores seria quando menos uma demasia, pois este regime severo afastando, via de regra, os verdadeiros mentores (controladores) recairia sobre os administradores assalariados que também comumente não possuem bens suficientes.¹⁹⁷

E, por estas razões, Bulgarelli posiciona-se pela adoção da responsabilidade subjetiva com presunção *iuris tantum* de culpa, ao argumento de que seria “mais cauteloso e por certo mais justo”¹⁹⁸.

Em outro vértice, Coelho assenta que, a seu ver, trata-se de responsabilidade “subjetiva do tipo clássico”¹⁹⁹. Porém, entende que não há diferença de fundamento entre este gênero de responsabilidade e aquela dita subjetiva com presunção *iuris tantum* de culpa, asseverando que a única distinção reside no campo processual, quanto à distribuição do ônus probatório, mas o fundamento, que é a culpa daquele que pratica o ato danoso, permanece essencial nos dois sistemas²⁰⁰.

Veja-se que, para este autor, a responsabilização dos administradores de companhia pode ser reduzida à seguinte súmula: “os administradores respondem pelos danos originados do descumprimento do dever legal”²⁰¹, que diz respeito tanto às situações do inciso I quanto às do inciso II do artigo 158 o que, inclusive, justifica a crítica, a ser em seguida exposta, a respeito desta cisão que doutrina e lei operam.

Partindo-se da teoria majoritária, ou seja, de que a responsabilidade é subjetiva com presunção *iuris tantum* de culpa, tem-se que o administrador poderá eximir-se da responsabilidade que se pretende ver a ele imputada comprovando que agiu de boa-fé e no interesse da sociedade²⁰² ou, ainda, que a situação era

¹⁹⁶ BULGARELLI, Waldírio, op. cit., p. 95.

¹⁹⁷ BULGARELLI, Waldírio, op. cit., p. 96.

¹⁹⁸ BULGARELLI, Waldírio, op. cit., p. 96.

¹⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 250.

²⁰⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 251-252.

²⁰¹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 257.

²⁰² TOMAZETTE, Marlon, op. cit., p. 545.

inevitável (o que também seria possível em se adotando a responsabilidade subjetiva clássica de Coelho).

3.6. Crítica à separação entre as hipóteses de responsabilidade

Tendo-se procedido à análise do conceito de ato regular de gestão, das hipóteses de responsabilização do administrador quando causar dano à companhia ou a terceiros mediante ato regular, porém com culpa ou dolo, e também, por fim, a imputação de responsabilidade pela violação da lei ou do estatuto, resta evidente o que desde o início não se negligenciou em advertir: os temas estão entrelaçados e na prática pode mostrar pouco conveniente tal clivagem.

Coelho mostra particular repúdio à separação entre as duas hipóteses que previu o legislador. Para o autor, há de se conferir tratamento uniforme para as circunstâncias elencadas nos incisos I e II do artigo 158 da Lei 6.404/1976, do que decorre, também, seu já exposto entendimento acerca da aplicação da responsabilidade subjetiva para o previsto no inciso II. Diz o autor que as duas hipóteses do artigo 158 são “interdefiníveis”²⁰³. Veja-se raciocínio formulado pelo autor:

Se, por exemplo, o administrador deixa de aplicar disponibilidade financeiras da sociedade, age com negligência e até imperícia. Contudo, esse mesmo comportamento também caracteriza a inobservância dos deveres de diligência e de lealdade estabelecidos em lei (arts. 153 e 155 da LSA). Conseqüentemente, o administrador que age com culpa viola a lei. Por outro lado, toda violação à lei ou aos estatutos é uma conduta culposa ou dolosa. O administrador que descumpra norma legal ou cláusula estatutária, se não atua conscientemente, está sendo negligente, imprudente ou imperito. Pois bem, em razão da interdefinibilidade das hipóteses de responsabilização civil dos administradores de sociedade anônima, não há, ressalte-se, que distinguir a natureza destas.²⁰⁴

Assevera que o aplicável às hipóteses do inciso I também o é quanto ao inciso II, de modo que não expressam sistemas diferentes de responsabilidade civil, incidindo o mesmo regime jurídico a elas²⁰⁵.

Por fim, conclui Coelho que a responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima resume-se a uma única noção, a de descumprimento de dever

²⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 258.

²⁰⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 258.

²⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 258-259.

legal (nele compreendido também o estatutário). A obrigação de ressarcir do administrador exsurge da não observância de algum dever legal – o que torna o ato ilícito e, portanto, faz com que o sistema de responsabilidade nesta seara seja o equivalente à aplicação da regra geral de responsabilidade civil –, observando-se que se trata de responsabilidade subjetiva, ou seja, que depende da comprovação de culpa ou dolo²⁰⁶.

3.7. Responsabilidade solidária entre administradores

A incidência da responsabilidade, isto é, sobre qual ou quais administradores ela recairá, está contida nos parágrafos 1º a 5º do artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas. Da leitura dos dispositivos, extrai-se que a regra é que não há responsabilidade solidária entre os administradores e que não há responsabilidade pelo ato de outro administrador²⁰⁷. Ou seja, a regra é a de que ela não se comunica²⁰⁸, sendo pessoal e individual²⁰⁹, ou seja, “unicamente do administrador que pratica o ato danoso”²¹⁰. Assim, a Lei das Sociedades Anônimas não adota a teoria do risco, na qual há responsabilização “pela simples razão de prender-se à atividade do seu causador”²¹¹.

O parágrafo 1º, entretanto, prevê que se um dos administradores for conivente com o ato ilícito de outro, negligenciar em descobri-lo ou, ainda, sabendo de sua ocorrência, nada fizer no sentido de impedir sua perpetuação (conduta omissiva), também sobre este recairá a responsabilidade civil.

Quanto à expressão “ser conivente”, deve ser tida, segundo assevera Carmo, na acepção de cúmplice (eis que as demais hipóteses do dispositivo já preveem circunstâncias de omissão), de modo que não haveria porque não assumir que, neste caso, a responsabilidade será solidária – muito embora tenha a lei omitido este termo –, já que todos os envolvidos participam efetivamente da conduta lesiva²¹².

²⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 259.

²⁰⁷ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 329.

²⁰⁸ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 154.

²⁰⁹ MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedade simples e empresárias**. Volume II. São Paulo: Atlas, 2008, p. 580.

²¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 546.

²¹¹ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 154.

²¹² CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 154.

Segundo Gladston Mamede, a responsabilização de administrador que “negligencia em descobrir” o ato lesivo decorre da constatação de que esta seria “desídia inaceitável” de alguém a quem também é imputado o dever de diligência contido no artigo 153 da Lei 6.404 e que, se corretamente o observasse, certamente acabaria por perceber a atuação irregular do outro administrador²¹³. O objetivo, conforme se denota, é de que os administradores atuem no sentido de garantir a integridade dos atos da companhia²¹⁴. Para Carmo, a finalidade desta norma não é corretiva, mas precipuamente preventiva, com a finalidade de desestimular conluio entre os administradores²¹⁵.

Quanto à última hipótese, qual seja, de omissão do diretor ou conselheiro da administração em impedir o ato ilícito, diz Carmo que “configura cumplicidade com o ato, e assim, torna o administrador omissor solidariamente responsável pela ofensa e violação do direito de outrem”²¹⁶.

O mesmo parágrafo 1º admite, entretanto, que o administrador exima-se de tal imputação se fizer constar sua divergência em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria (conforme o órgão que integra) ou, ainda, se informar o fato a outro órgão de administração, ao conselho fiscal ou à assembleia.

Ressalva Carmo, todavia, que para a exclusão de responsabilidade daquele que procede à comunicação, esta deve ser eficaz no sentido de fazer cessar o prejuízo que decorreria do ato²¹⁷.

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 158 que serão solidariamente responsáveis os administradores que causem prejuízo em razão do “não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles”.

Esta norma, segundo Carmo, visa a impor a observância da lei e a reforçar a responsabilidade dos administradores²¹⁸. Ainda anota que o funcionamento normal da companhia a que faz referência o dispositivo é o de cunho legal, não se conectando com o êxito da atividade empresarial (visto que nada de ilegal, em princípio, existe na falência, por exemplo)²¹⁹.

²¹³ MAMEDE. Gladston, op. cit., p. 580.

²¹⁴ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 155.

²¹⁵ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 155.

²¹⁶ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 156.

²¹⁷ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 158.

²¹⁸ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 158-159.

²¹⁹ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 159.

A interpretação decorrente do parágrafo 2º é que, não sendo o dever decorrente da lei, cada administrador responde apenas por seus próprios atos, inexistindo solidariedade quanto a eles²²⁰.

A norma do parágrafo 2º, todavia, encontra ressalva no parágrafo 3º quanto aos administradores das companhias abertas, que apenas serão responsabilizados no caso de o estatuto lhes incumbir o cumprimento dos deveres violados, ou na hipótese de um administrador, sabendo que outro competente para cumprir determinado dever não o está fazendo, não informar a assembleia geral (e assim tornar-se-á solidariamente responsável).

Para Carmo, o contido no parágrafo 3º é “injustificável distinção” entre a sociedade anônima aberta e a fechada, impondo gravame à responsabilidade dos administradores desta, “sem qualquer boa razão jurídica”²²¹. Já Arnaldo Rizzardo diz que tal medida decorre do fato de os administradores de companhias abertas terem atribuições mais específicas e mais restritas do que os de companhias fechadas, de modo que haveria dificuldade de comunicação e interferência entre os membros da administração²²².

O parágrafo 4º ainda prevê que ao administrador incumbe denunciar à assembleia geral o não cumprimento, por seu predecessor, dos deveres legais para assegurar o funcionamento normal da companhia, e também quando a inobservância for por administrador competente para tanto. Segundo Carmo, esta norma justifica-se pelo dever de vigilância²²³ e pelo dever de lealdade, vez que ao administrador “compete observar atentamente os impulsos administrativos dos demais administradores”²²⁴.

Segundo Coelho, a conclusão é a de que os parágrafos do artigo 158 da Lei 6.404 estão incumbindo aos administradores um dever específico de controle das ações dos demais, ou seja, o chamado “dever de vigilância”²²⁵.

Por fim, registre-se que, para Coelho, mesmo nestes casos de solidariedade decorrente de expressa disposição legal, há de se apurar a culpa do administrador (no caso, em seu dever de vigilância). Concorde Carmo que “não há

²²⁰ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 266.

²²¹ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 163.

²²² RIZZARDO, Arnaldo, op. cit., p. 547.

²²³ O dever de vigilância, embora não expresso na lei, é também reconhecido por Coelho. (COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 267.)

²²⁴ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 164.

²²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 267.

responsabilidade solidária senão dos culpados”. Logicamente, desta ótica, recai-se novamente na discussão a respeito do regime jurídico da responsabilidade civil dos administradores, se é subjetiva (conforme a regra geral) ou se há presunção *iuris tantum* de culpa (posição esta defendida por Amador Paes de Almeida, quanto a esses dispositivos em específico²²⁶).

3.8. Responsabilidade civil dos conselheiros fiscais

Pela pertinência, convém abordar a responsabilidade civil dos membros do conselho fiscal, inserta no artigo 165 da Lei das Sociedades Anônimas.

Muito embora seus membros não sejam propriamente administradores da companhia, desempenham papel de grande relevância no sentido de garantir a lisura no funcionamento da sociedade, por meio do controle e fiscalização de seus administradores²²⁷, razão pela qual é severa a responsabilidade que a lei lhes imputa.

Na forma do artigo 165 da Lei 6.404, os membros do conselho fiscal devem observar os mesmos deveres que são cominados aos diretores e membros do conselho de administração²²⁸, e “respondem pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto”²²⁹.

Ainda, dispõe o parágrafo 1º do mesmo artigo que é dever dos conselheiros fiscais atuar no exclusivo interesse da companhia, considerando-se abusivo o exercício de suas funções no intuito de beneficiar a si ou a outrem às expensas da companhia, de seus acionistas ou administradores.

O parágrafo 2º, por sua vez, repete a questão da solidariedade na responsabilização do administrador. Ele comina solidária a responsabilidade do conselheiro que for conivente ou que concorrer com a prática do ato irregular de outro. Portanto, a regra novamente é pela responsabilidade pessoal e individual, admitindo-se a exceção descrita.

²²⁶ ALMEIDA, Amador Paes de, op. cit., p. 77.

²²⁷ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 320.

²²⁸ “Salvo no que tange ao dever de informar que, embora também o tenham, têm-no circunscrito às matérias de sua competência.” (BORBA, José Edwaldo Tavares, op. cit., p. 437.)

²²⁹ Art. 165 da Lei 6.404/1976.

Por fim, o parágrafo 3º também retoma aspecto da responsabilidade dos diretores e membros do conselho de administração. Aqui, reputa-se solidária a responsabilidade decorrente da omissão no cumprimento de seus deveres, sendo possível ao conselheiro eximir-se de tal imputação fazendo constar sua divergência em ata, dando ciência à assembleia e aos órgãos de administração na mesma forma do previsto no parágrafo 1º do artigo 158 da Lei 6.404.

Sobre esta possibilidade de isenção de solidariedade, Carvalhosa pondera crítica no sentido de que é inadequado o procedimento proposto, inquinando inócua a comunicação aos órgãos administrativos, eis que estes estão sob à fiscalização do próprio conselho fiscal, asseverando que seria preciso que, “para se eximir da responsabilidade solidária, o conselheiro fiscal apresente seu voto, opinião e denúncia à assembleia geral”²³⁰.

Segundo entende Carvalhosa, haverá solidariedade pelo descumprimento das obrigações impostas aos conselheiros fiscais pelos artigos 163 e 164 da Lei das Sociedades Anônimas, como é o caso do oferecimento de pareceres sobre os relatórios anuais e demonstrações financeiras da administração, da análise trimestral dos documentos contábeis, dentre outros²³¹.

O autor destaca que a principal característica da responsabilidade dos conselheiros fiscais é a ênfase no comportamento omissivo. Um exemplo de conduta omissiva prejudicial seria a abstenção em promover representação perante a assembleia geral ao descobrir ato irregular dos administradores. É possível, também, a atuação prejudicial pelos conselheiros fiscais, como a aprovação de contas omissas ou ideologicamente falsas²³². Pontua, por fim, que deve prevalecer o critério de comparação da conduta com o padrão geralmente aceito no exercício de tais tarefas:

Prevalece o critério de análise do comportamento do conselheiro fiscal, em comparação com os usos e costumes geralmente admitidos para tal espécie de atividade. Se consentânea com os padrões profissionais adotados em circunstâncias semelhantes, não estará configurada a responsabilidade dos conselheiros fiscais. Será o caso, v. g., da aprovação pelos auditores externos, sem ressalvas, das contas da administração. A sua aprovação posterior pelo Conselho Fiscal, fundada no laudo dos auditores, faz presumir a observância do procedimento geralmente aceito.²³³

²³⁰ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 476.

²³¹ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 475.

²³² CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 476-477.

²³³ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 477.

Para Carvalho, ainda, pode-se falar em solidariedade com os administradores quando se tratar de violação da lei ou do estatuto (inciso II do artigo 158), “pois haverá, no caso, omissão no controle da legitimidade”²³⁴. E, quando for caso de ato praticado dentro de seus poderes e atribuições (inciso I do artigo 158), também haverá solidariedade, pois “haverá a presunção de conivência ou conluio dos conselheiros fiscais”²³⁵. Nestas hipóteses, para Carvalho, a responsabilidade solidária será subjetiva²³⁶.

4. Ação de responsabilidade em face do administrador de sociedade anônima

A matéria a ser analisada neste tópico diz respeito à efetivação do que até este ponto se estudou. Trata-se da ação de responsabilidade em face do administrador da companhia, mecanismo contido no artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas. É o instrumento próprio para que, na via judicial, apure-se a responsabilidade civil do administrador de sociedade anônima²³⁷.

A regra geral para propositura da ação de responsabilidade é que ela compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, tomada em razão de prejuízos que o administrador tenha causado ao patrimônio da sociedade²³⁸. A ela a doutrina confere a nomenclatura de ação social *ut universi*.

É possível, porém, que a assembleia delibere pela propositura da ação, mas que a companhia mantenha-se inerte em promovê-la, por mais de três meses, hipótese em que fica autorizado qualquer acionista a fazê-lo em nome próprio, ainda que buscando proteger os interesses da sociedade²³⁹. Por se tratar de situação em que um acionista litiga em prol da companhia, também se denomina ação social, mas da espécie *ut singuli*.

²³⁴ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 476.

²³⁵ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 476.

²³⁶ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 476.

²³⁷ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 111.

²³⁸ Art. 159, *caput* da Lei 6.404/1976: “Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”.

²³⁹ Art. 159, § 3º da Lei 6.404/1976: “Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia geral”.

Na eventualidade de a assembleia deliberar pela não propositura da ação, a lei autoriza que acionistas representantes de ao menos 5% do capital social a promovam. Esta medida é denominada, também pela doutrina, ação derivada.

As três situações acima descritas, quais sejam, propositura da ação pela companhia por deliberação por assembleia geral, por vontade de acionistas que representem 5% do capital social e, por fim, propositura por acionista em nome próprio em razão da mora da companhia em fazê-lo após deliberação pela assembleia geral, serão estudadas neste capítulo, com os seus respectivos requisitos e consequências.

Por fim, será estudada a hipótese englobada pelo parágrafo 7º do artigo 159 da Lei 6.404. Trata-se da ação individual, consistente em indenizatória que pode ser promovida por acionista ou terceiro diretamente prejudicado pelo ato do administrador, em face deste. Importa ressaltar que a ação prevista no artigo 159, em qualquer das três modalidades, não exclui referida indenizatória, em razão do que expressamente prevê o parágrafo 7º do artigo 159 da Lei 6.404²⁴⁰.

Ao final, será abordada a norma do parágrafo 6º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas, que traz ao Direito brasileiro a chamada *business judgment rule*, através da qual se concede ao magistrado a possibilidade de afastar a responsabilização do administrador, acaso entenda que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

4.1. Ação social *ut universi*

O administrador de companhia, quando descumpre seus deveres legais, pode gerar danos a qualquer pessoa. O mais comum, contudo, é que a companhia seja diretamente lesada²⁴¹, e é desta hipótese que trata o artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas, mecanismo próprio para a defesa dos interesses da companhia²⁴².

O artigo 159 da Lei 6.404 de 1976 dispõe que “compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”.

²⁴⁰ Art. 159, § 7º da Lei 6.404/1976: “A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador”.

²⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 261.

²⁴² COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 261.

Portanto, a primeira instância de averiguação da responsabilidade do administrador é a assembleia geral, ordinária ou extraordinária²⁴³, órgão societário de competência exclusiva para definir se é caso de imputação de responsabilidade pessoal ao administrador.

Neste sentido, a decisão prévia da assembleia²⁴⁴, optando pela propositura da ação de responsabilidade, é condição de admissibilidade da referida demanda²⁴⁵. Os documentos comprobatórios da realização e deliberação da assembleia devem instruir a petição inicial²⁴⁶. Em sendo proposta a demanda sem que tal medida tenha sido previamente tomada, será caso de extinção do processo sem resolução de mérito, ante a carência de ação da companhia²⁴⁷.

No entanto, para Côrrea-Lima, tal exigência é “obstáculo desarrazoado”, que acaba apenas por desencorajar as ações de responsabilidade civil em face de administradores de companhia²⁴⁸, bastante raras na jurisprudência brasileira, conforme se verá em tópico próprio.

Realizada a assembleia geral, e tomada deliberação no sentido de propor a demanda indenizatória em face do administrador, a primeira e direta consequência é a substituição do administrador a ser demandado, que se torna impedido²⁴⁹. É o que prevê o parágrafo 2º do artigo 159: “O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia”.

O sentido de tal previsão é que, embora formalmente não se verifique problemas imediatos pela continuidade do administrador no cargo – visto que a companhia terá pelo menos três membros no conselho de administração (se tal

²⁴³ Na assembleia geral ordinária é despicenda a inclusão em pauta da matéria, enquanto a extraordinária apenas poderá conhecer do tema se este figurar na ordem do dia. É o que dispõe o parágrafo 6º do artigo 159 da Lei 6.404/1976: “A deliberação poderá ser tomada em assembleia geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta do assunto nela incluído, em assembleia geral extraordinária”.

²⁴⁴ Segundo Brina, embora no Decreto-lei 2.627/1940 o requisito de prévia deliberação assemblear não constasse no texto relativo à ação social, desde a sua vigência os Tribunais já eventualmente reconheciam a carência de ação quando a demanda era proposta sem esse prévio debate. (CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 113.)

²⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 261-262.

²⁴⁶ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 112.

²⁴⁷ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 112.

²⁴⁸ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 113.

²⁴⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima**. Volume II. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 214.

órgão existir) e dois diretores –, na prática isto seria, segundo Côrrea-Lima, ilógico e desaconselhável²⁵⁰.

Por fim, constata Alfredo de Assis Gonçalves Neto que caberá à diretoria – pelos novos membros ou pelos remanescentes – diligenciar no sentido de promover a ação²⁵¹.

4.2. Substituição processual

Conforme visto no item anterior, decidida em assembleia geral a propositura da ação de responsabilidade, incumbe aos administradores remanescentes fazê-lo, representando a companhia. A Lei das Sociedades Anônimas traz, entretanto, duas hipóteses de substituição processual ou de legitimação extraordinária, pelas quais o autor da demanda não é a própria sociedade, embora seu objetivo seja o ressarcimento desta.

Tal instituto é aplicado quando “a pessoa que figura na relação processual como parte não é a mesma pessoa titular da relação de direito material deduzida em juízo”²⁵². Tem-se, então, que a pessoa que figura como parte autora – quando se fala em substituição processual – age em nome próprio, na defesa de interesse de outrem²⁵³.

A primeira hipótese de substituição processual ocorre quando há mora dos administradores em propor a demanda, hipótese em que surge, após certo lapso de tempo, a legitimidade a cada acionista para ingressar individualmente em juízo, ação esta que será denominada *ut singuli*. A segunda possibilidade é diversa, e opera-se quando a assembleia delibera pela não propositura da ação de responsabilidade. Neste caso, é possível a acionistas, representantes de 5% do capital social, promoverem a ação, também em defesa dos interesses da sociedade. A ela denomina-se ação derivada.

²⁵⁰ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 112.

²⁵¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, op. cit., p. 215.

²⁵² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume I, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 187.

²⁵³ Por esta razão é que difere da legitimação ordinária, visto que a regra é que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado pela lei” (art. 6º do Código de Processo Civil). A exceção a esta regra é a legitimação extraordinária, em que a parte autora, em nome próprio, pleiteia direito alheio. (SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. cit., p. 187.) Na hipótese em comento, a lei autoriza aos acionistas perseguirem em juízo direito da companhia.

O que há em comum entre estas duas hipóteses de substituição processual é que, por força do contido no parágrafo 5º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas, os resultados da ação caberão à companhia – até porque é em nome dela que se litiga –, porém aos acionistas autores da medida fica garantido o direito à indenização pelas despesas que tiveram.

É o previsto no parágrafo 5º do artigo 159:

Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

A leitura do dispositivo permite concluir que, apenas em caso de procedência da ação ajuizada por acionista – ou seja, as hipóteses de ação derivada e ação social *ut singuli*, em que há substituição processual –, é que haverá o ressarcimento das despesas.

Côrrea-Lima formula hipótese para a qual, segundo afirma, ainda não há resposta:

A assembléia geral delibera promover a ação de responsabilidade civil contra o administrador da companhia. Transcorrido o prazo de três meses sem nenhuma iniciativa nesse sentido, um acionista propõe a ação derivada. Esta vem a ser julgada improcedente e o autor é condenado ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado. Nesta hipótese, o acionista fará jus a uma indenização pelas despesas havidas em virtude dessa ação?²⁵⁴

A situação hipotética cuida então, da ação social *ut singuli*. A solução mais adequada para a problemática é de que o ressarcimento previsto no parágrafo 5º do artigo 159 terá lugar, visto que a companhia já havia deliberado pela propositura da medida, assumindo o risco. O autor, na ação social *ut singuli*, “age para fazer valer a vontade da própria sociedade”²⁵⁵ e, portanto, “se, em caso de êxito na ação, a sociedade será beneficiada, é justo que, havendo sucumbência, arque com o respectivo ônus”²⁵⁶.

²⁵⁴ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 120.

²⁵⁵ PARENTONI, Leonardo Netto. Ônus da sucumbência em ação de responsabilidade contra administrador de sociedade anônima. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 48, n. 151-152, jan./dez. 2009, p. 121.

²⁵⁶ PARENTONI, Leonardo Netto, op. cit., p. 122.

Na hipótese da ação derivada (artigo 159, parágrafo 4º da Lei 6.404), aquela proposta por 5% dos acionistas quando a assembleia decide não responsabilizar o administrador judicialmente, os autores da ação estão por sua conta e risco, e “não agem para fazer valer a vontade social, mas por vontade própria, inclusive contrária à da sociedade”²⁵⁷. Seguindo a mesma lógica anterior, Leonardo Netto Parentoni nota que, se a assembleia decidiu não correr o risco de entrar com a demanda e de, eventualmente, ter de suportar a sucumbência, não parece adequado que no caso de improcedência da ação derivada – proposta contra a vontade da sociedade, repise-se – possa exigir o reembolso da companhia²⁵⁸. A solução que aponta o autor é, portanto, pela inaplicabilidade do parágrafo 5º do artigo 159 no caso de improcedência da ação derivada²⁵⁹.

Por fim, arremata:

A diferença marcante em relação à ação social derivada do § 3º é que nesta, tanto em caso de sucumbência quanto de procedência do pedido inicial, aplica-se o disposto no § 5º do art. 159, uma vez que o autor da ação age para fazer valer a vontade da própria companhia, como se ela é que estivesse em juízo. Na ação social derivada do § 4º, entretanto, o acionista age por sua própria conta e risco, somente se justificando que a companhia o reembolse das despesas com o processo quando ela, companhia, auferir algum proveito econômico com a causa. Não havendo proveito econômico para a sociedade, as despesas do processo devem ser suportadas pelo autor da ação.²⁶⁰

4.2.1. Ação social *ut singuli*

É possível que, deliberada em assembleia geral a propositura da ação de responsabilidade, os encarregados em fazê-lo quedem-se inertes. Neste caso, se a mora perdurar por mais de três meses, aplica-se o parágrafo 3º do artigo 159 da Lei 6.404: “Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia geral”. Cuida-se, portanto, de uma

²⁵⁷ PARENTONI, Leonardo Netto, op. cit., p. 122.

²⁵⁸ PARENTONI, Leonardo Netto, op. cit., p. 122.

²⁵⁹ Segundo Parentoni, acaso se admitisse o contrário, “ter-se-ia uma situação esdrúxula, em que a ação de responsabilidade contra o administrador poderia ser utilizada maliciosamente como instrumento de pressão contra a própria sociedade. Bastaria aos acionistas ajuizar ações absolutamente infundadas, tendo plena ciência de que serão sucumbentes, e, ao final do processo, exigir o reembolso de tudo quanto despenderam”. (PARENTONI, Leonardo Netto, op. cit., p. 122.)

²⁶⁰ PARENTONI, Leonardo Netto, op. cit., p. 123.

ação social subsidiária²⁶¹, vez que “pode o acionista, *ut singuli*, exercer a ação social”²⁶².

Este prazo de três meses, conforme sustenta Lucíola Fabrete Lopes Nerilo, não tem natureza prescricional ou decadencial, visto que após o seu decurso continua sendo possível à companhia ajuizar a demanda respectiva²⁶³.

Constitui-se, então, um lapso de tempo para que surja aos acionistas a legitimidade de, individualmente, propor a ação de responsabilidade em favor da companhia, ante a inércia dos encarregados a tanto²⁶⁴. Antes do decurso de tal prazo, porém, não detém os acionistas – considerados individualmente – legitimidade para ajuizar ação contra o administrador em nome da companhia, sendo que apenas podem fazê-lo através da ação individual, a ser estudada adiante.

Pelo fato de a ação, nesta hipótese, ser proposta unicamente por um acionista, porém fazendo-o pela sociedade, resta caracterizada a substituição processual, visto que o autor da ação estará defendendo, em juízo, direito alheio, conforme antes explicitado.

Note-se que, passado o trimestre legal, não falece à companhia a legitimidade ativa, mas apenas esta passa a ser atribuída também aos acionistas individualmente. Entretanto, se eventualmente um acionista propuser a ação e, após, a companhia também venha a fazê-lo – considerando que o objetivo é o mesmo, qual seja, obter o ressarcimento dos prejuízos causados pelo administrador –, será caso de litispendência, eis que o acionista é mero substituto da sociedade, de modo que é ela quem litiga em ambos processos. A ação proposta pela companhia será, então, extinta sem resolução de mérito²⁶⁵.

Outro aspecto processual a ser considerado é que a companhia poderá intervir na ação social *ut singuli* na condição de assistente²⁶⁶, instituto processual mais adequado para a hipótese. Cuidar-se-á, no caso, de assistência qualificada ou assistência adesiva litisconsorcial²⁶⁷, vez que a companhia “tem interesse em intervir

²⁶¹ PAES, P. R. Tavares, op. cit., p. 57.

²⁶² CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 110.

²⁶³ NERILLO, Lucíola Fabrete Lopes. **Responsabilidade civil dos administradores nas sociedades por ações**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 173.

²⁶⁴ NERILLO, Lucíola Fabrete Lopes, op. cit., p. 173.

²⁶⁵ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 114.

²⁶⁶ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 116.

²⁶⁷ Esta é a denominação adotada por Silva. (SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. cit., p. 211.) O efeito de se reconhecer que a hipótese é da modalidade assistência litisconsorcial e não da modalidade simples é que a companhia acaba por assumir uma posição equivalente, em termos, a de

na causa em virtude de estar ligado à parte contrária àquela a que presta auxílio, por uma relação jurídica que poderá sofrer influência em virtude da sentença desfavorável ao assistido”²⁶⁸.

Vale ressaltar, por fim, que, no caso da ação social *ut singuli*, também haverá o afastamento do administrador, eis que tal medida é tomada na própria assembleia que decide pela sua propositura, e não no momento e em razão do ajuizamento da ação pela companhia, conforme o artigo 159, parágrafo 2º da Lei 6.404/1976.

4.2.2. Ação derivada

Outro resultado possível da assembleia destinada a apurar a responsabilidade do administrador é a deliberação pela não propositura da demanda. Neste caso, surge imediatamente a legitimidade ativa²⁶⁹, independentemente de prazo²⁷⁰, para que acionistas representantes de 5% do capital social proponham a ação em nome da companhia, consoante previsto no parágrafo 4º do artigo 159 da Lei 6.404/1976²⁷¹. A esta ação, dá-se o nome de derivada²⁷².

Coelho explica que eventualmente não é interessante para a sociedade promover a responsabilização judicial do administrador, vez que tal medida tornaria públicos problemas na gerência da companhia, o que pode ser mais danoso para a companhia do que os prejuízos gerados pelo administrador. Deste modo, não é estranho que a assembleia apure a responsabilidade do administrador, porém delibere por não ingressar com a ação²⁷³. Sobre o tema, acrescenta Parentoni:

litisconsorte. Terá certa autonomia processual, podendo requerer provas e recorrer, mesmo que o acionista que ingressou com a ação se oponha. Não pode, todavia, reconhecer o pedido, confessar, modificar o objeto da demanda, propor declaratória incidental, tampouco reconvir. (SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. cit., p. 221.)

²⁶⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. cit., p. 216-217.

²⁶⁹ NERILO, Lucíola Fabrete Lopes, op. cit., p. 174.

²⁷⁰ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 117.

²⁷¹ Art. 159, Parágrafo 4º da Lei 6.404/1976: “Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social”.

²⁷² Importa ressaltar que, para autores como Gonçalves Neto, a esta ação também se denomina *ut singuli*, e desta seria uma segunda modalidade. Ainda, em outro vértice, Côrrea-Lima entende que a ação derivada é aquela que neste trabalho se chamou de ação social *ut singuli* (que neste trabalho foi caracterizada como subsidiária).

²⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 264.

Na ação social derivada do § 4º tem-se que a sociedade, por meio da Assembléia Geral, decidiu não responsabilizar o administrador. Isto decorre, normalmente, de duas razões: (1) a companhia não considerou antijurídica a conduta do administrador; ou, (2) ainda que identificada uma conduta antijurídica, não há provas suficientes do ato para o ajuizamento de uma ação de responsabilidade – caso em que a companhia não pretende correr o risco de ter que arcar com o ônus da sucumbência.²⁷⁴

O objetivo desta previsão legal de legitimidade ativa é a proteção da minoria. A exigência de prévia deliberação em assembleia geral tem como vantagem a consulta aos acionistas detentores de direito de voto, para que estes – e não apenas os membros de órgãos de administração – determinem se a controvérsia deve ser levada à apuração judicial ou não. Entretanto, nem sempre a deliberação pela não propositura tem motivos legítimos, de modo que a exigência “tem por falha a possibilidade de permitir que a maioria, exercendo o controle da sociedade, impeça a apuração de responsabilidade e, assim, prejudique a minoria em benefício próprio”²⁷⁵. E, em vista desta realidade, e também da percepção de que a minoria pode ter fundamentos e razões suficientes para a medida, o legislador instituiu a previsão do parágrafo 4º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas.

Na ação derivada, inexistente previsão legal a respeito do afastamento do administrador. É que, nos termos do parágrafo 2º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas, o conselheiro ou diretor réu da ação de responsabilidade deve ser afastado na assembleia que delibera pela propositura da demanda. No caso da ação derivada, tal momento não ocorre, e a lei silencia a respeito deste aspecto²⁷⁶.

4.3. Ação individual

A ação individual é aquela prevista no parágrafo 7º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas, que dispõe: “A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador”.

²⁷⁴ PARENTONI, Leonardo Netto, op. cit., p. 122.

²⁷⁵ MAMEDE. Gladston, op. cit., p. 581.

²⁷⁶ Tal matéria foi levantada por Côrrea-Lima como um dos aspectos da ação de responsabilidade que permanece ainda sem resposta e que se constitui como uma questão difícil a ser solucionada. (CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 120-121.)

Trata-se da hipótese em que “o acionista, em seu próprio nome, aciona o dirigente para responsabilizá-lo e obter dele reparação pessoal de danos”²⁷⁷. Carvalhosa, neste sentido, assevera que a ação individual tem por objetivo satisfazer interesses pessoais, ainda que eles coincidam com os da companhia²⁷⁸.

Não se cuida, então, de ação expressamente prevista e disciplinada na Lei 6.404, mas apenas de ressalva quanto à sua persistência ainda que se proponha a ação em benefício da companhia. A elas, portanto, aplica-se a legislação processual comum, visto que a Lei das Sociedades Anônimas limita-se a regular a ação proposta pela companhia em si, por um acionista ou grupo de acionistas seu²⁷⁹. Por esta razão e por sua natureza, a ação individual independe de qualquer deliberação assemblear prévia²⁸⁰.

A principal distinção entre a ação social e a individual é que na primeira a destinação dos seus resultados será para a companhia, enquanto na segunda será para o acionista ou terceiro diretamente prejudicado²⁸¹. Veja-se que mesmo sendo proposta por um grupo de acionistas em face do administrador, o interesse continuará com seu caráter particular, individual, ou seja, desvinculado da companhia, pelo que os resultados, nesta ação, não serão deferidos a ela²⁸². A ação será movida em face do administrador e poderá constar, em litisconsórcio passivo, a própria sociedade²⁸³.

Assevera Carvalhosa que é tênue a linha divisória entre o objeto da ação social e da individual, pelo que sugere que o melhor critério para determinar a ação possível no caso concreto é a análise de onde reside o prejuízo. Um dos exemplos pelos quais o autor ilustra o cabimento, é pela prática de *insider trading*²⁸⁴. Pelo uso de informações confidenciais, o administrador pode não trazer prejuízos significativos para a companhia. No entanto, os demais acionistas, pela manipulação de informações, restarão prejudicados, ocasião em que se gera a legitimidade individual a eles²⁸⁵. Por fim, sintetiza Carvalhosa:

²⁷⁷ NERILO, Lucíola Fabrete Lopes, op. cit., p. 175.

²⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 381 e 390.

²⁷⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, op. cit., p. 214.

²⁸⁰ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 390.

²⁸¹ NERILO, Lucíola Fabrete Lopes, op. cit., p. 171.

²⁸² CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 390.

²⁸³ BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, op. cit., p. 330.

²⁸⁴ Abordado no item 2.3. deste trabalho.

²⁸⁵ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 391.

Em suma, a admissibilidade da ação individual ocorre toda vez que o administrador, por abuso ou desvio de poder ou por descumprimento da lei ou do estatuto, negue ou protele o exercício de direitos pelo acionista; ou, então, cause-lhe prejuízos materiais, em termos de depreciação do valor de suas ações ou dos dividendos respectivos ou da fraudulenta indução à sua negociação. Será cabível, ainda, a ação individual, no caso de ato ilícito nas relações contratuais diretas entre o administrador e o acionista, ligadas ao exercício de funções deste no seio da companhia (...)²⁸⁶

Importa pontuar que os acionistas, em assembleia geral, com voto no sentido de aprovação de ato do administrador que gerou prejuízo para a companhia ou para eles mesmos, não podem propor a ação individual. Segundo Nerilo, a eles carece interesse processual, em razão do princípio pelo qual ninguém pode agir contra fato próprio²⁸⁷.

A ação individual não terá por fundamento norma de direito material contida na Lei das Sociedades Anônimas. Seu embasamento material estará no Código Civil²⁸⁸, nos artigos 186²⁸⁹, 187²⁹⁰ e 927²⁹¹. Carvalhosa entende que o “fundamento teleológico” é o “interesse criado pelo contrato societário”, representado pelo lucro, sendo que para alcançá-lo deve-se observar a lealdade e diligência na administração da companhia²⁹².

Há controvérsia a respeito da possibilidade de acionistas e terceiros ajuizarem ação em face do administrador. Adotando-se a teoria do órgão, não poderia imputar os atos praticados pelo administrador, em nome da companhia, a ele²⁹³. Segundo Carmo, a ação individual “traz uma incerteza ao espírito, pois que ação é essa que visa a reparar danos causados *diretamente* pelo administrador – órgão da sociedade – a acionistas ou terceiro?”²⁹⁴.

A justificativa, para Carvalhosa, reside na prática do ato ilícito pelo administrador mediante utilização de seus poderes e funções – não meramente o

²⁸⁶ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 391.

²⁸⁷ NERILO, Lucíola Fabrete Lopes, op. cit., p. 175.

²⁸⁸ MAMEDE. Gladston, op. cit., p. 581.

²⁸⁹ Art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁹⁰ Art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

²⁹¹ Art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

²⁹² CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 381.

²⁹³ NERILO, Lucíola Fabrete Lopes, op. cit., p. 175.

²⁹⁴ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 182.

ato ilícito em si –, hipótese única que afastaria a regra geral da responsabilidade da companhia quanto a terceiros²⁹⁵.

4.4. Business judgment rule

O instituto a ser estudado neste tópico está inserto no parágrafo 6º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas, e diz respeito a uma hipótese de exclusão da responsabilidade do administrador na ação prevista no referido artigo.

4.4.1. Origem e definição

A *business judgment rule* foi desenvolvida pela jurisprudência norte-americana, com o fito de evitar a incidência da responsabilidade pessoal sob administradores que cometeram erro de julgamento em seus negócios²⁹⁶.

A Lei das Sociedades Anônimas foi quem introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da *business judgment rule*. Está traduzido no parágrafo 6º do artigo 159 da Lei 6.404, nos seguintes termos: “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

O texto do parágrafo 6º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas não exprime uma norma de conduta, portanto, mas um padrão direcionado ao Poder Judiciário no julgamento das deliberações tomadas pelo administrador. A regra faz excluir a responsabilidade no caso de a decisão questionada ter sido tomada com razoabilidade e mediante as informações devidas, porém que, por razões alheias, mostra-se ruim para a companhia²⁹⁷.

Cuida-se, então, de mecanismo para revisão judicial sobre decisões de administradores relativas ao curso normal da vida empresarial, nas quais pode ter ocorrido o dito erro de julgamento, não se tratando de meio para proteção de

²⁹⁵ CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 395.

²⁹⁶ BLOK, Marcella. *Business judgment rule*: a responsabilidade dos administradores das Sociedades Anônimas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 46, out./dez. 2009, p. 131.

²⁹⁷ BLOK, Marcella, op. cit., p. 142.

fraudes, ilegalidades ou atos *ultra vires*, visto que estes últimos caracterizam quebra de deveres legais a eles imputados²⁹⁸.

A importância do estudo do tema que, para Côrrea-Lima, “desafia a perspicácia nos nossos juristas”²⁹⁹, centra-se na possibilidade de conferir maior conforto ao administrador na tomada de suas decisões – desde que estas sejam escorreitas, do ponto de vista legal, razoáveis e devidamente informadas –, evitando sua responsabilização desmedida pelos Tribunais. É o que justifica Marcella Blok:

Ocorre que na doutrina nacional, esparsos são os artigos e obras dedicados a não responsabilização dos administradores de sociedades anônimas, isto é, à retirada da freqüente máscara de “vilões” outorgada a tais administradores, os quais, sem a menor sombra de dúvidas, zelam pela harmonia e êxito das sociedades as quais representam. Os nossos Tribunais têm decidido tal questão quase que unanimemente em face da responsabilização dos administradores, sem ao menos atentar para o contexto em que tal responsabilidade está inserida. Dito de outra forma, os E. Tribunais brasileiros, quando provocados, responsabilizam os administradores das sociedades anônimas por todo e qualquer prejuízo sofrido.³⁰⁰

Convém abordar as vicissitudes e peculiaridades do tema no mesmo passo em que se analisa a sua origem – centrada no direito norte-americano –, visto que foi esta ordem jurídica que melhor estudou o tema e delimitou suas hipóteses de aplicação.

Côrrea-Lima assevera que a origem primeira da *business judgment rule* não estaria no Direito norte-americano, propriamente, mas teria sido gestada na própria *civil law*, decorrente de princípios gerais de direito e de teorias há muito estudadas³⁰¹. Portanto, a transposição de tais princípios para a Lei 6.404, segundo o autor, teria sido mais inconsciente do que consciente³⁰².

Afirma Côrrea-Lima que o instituto, ao mesmo tempo em que é aplaudido, estudado, defendido e considerado um dos mais importantes no Direito norte-americano, é também por vezes incompreendido e mal aplicado³⁰³.

Nele, a regra serve a amparar o administrador que age de boa-fé, em consonância com seu dever de diligência, e que ainda não seja parte interessada na negociação sobre a qual versa a demanda judicial. Ainda, é imprescindível que o

²⁹⁸ BLOK, Marcella, op. cit., p. 132.

²⁹⁹ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 122.

³⁰⁰ BLOK, Marcella, op. cit., p. 130.

³⁰¹ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 124.

³⁰² CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 126.

³⁰³ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 127.

administrador racionalmente acreditasse que a decisão era a mais correta para o interesse da empresa, bem como que estivesse adequadamente informado sobre o assunto³⁰⁴.

Em síntese, pode-se dizer que três são as condições para aplicação da regra: i) decisão baseada num juízo de valores; ii) boa-fé; iii) estrita observância dos deveres de obediência, lealdade e diligência³⁰⁵. Por fim, pontua-se que o ato deve ter sido exercido nos limites do objeto social da companhia, ou seja, deve ter caráter *intra vires*³⁰⁶.

É essencial, para a aplicação da *business judgment rule*, que a decisão seja informada, ou seja, o administrador deve munir-se de toda informação razoavelmente possível a respeito do objeto a ser deliberado. Isto porque “decisão desinformada equivale a negligência, que é o contrário de diligência”³⁰⁷.

A *business judgment rule* contém requisitos de aplicação bastante genéricos, e em seu cerne está o conceito de que “os administradores têm a presunção de boa decisão ou julgamento do negócio”³⁰⁸. Pode-se dizer que a regra baseia-se em três pilares³⁰⁹:

i) O reconhecimento de que os administradores, ainda que agindo de forma desinteressada – no que diz respeito a interesses pessoais –, bem intencionada e munidos das informações devidas, podem celebrar negócios que eventualmente impliquem perdas para a companhia. É deste ponto de vista que a *business judgment rule* constitui um incentivo ou forma de conforto aos administradores que, em outro quadro, sentir-se-iam oprimidos pela possibilidade de responsabilização pessoal.

ii) A norma também possibilita aos administradores a aposta em atividades de grande potencial lucrativo, ainda que acompanhadas de risco, na medida em que reconhece que os riscos são inerentes à atividade empresarial.

iii) Exime os Tribunais da delicada tarefa de imiscuir-se no mérito do processo de tomada de decisões no âmbito empresarial, sendo necessário admitir que não estariam, de todo modo, habilitados a fazê-lo, ante a especialidade da matéria e a lógica envolvida. Isto porque, segundo Blok, aos Tribunais fica reservada

³⁰⁴ BLOK, Marcella, op. cit., p. 142.

³⁰⁵ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 128-129.

³⁰⁶ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 184.

³⁰⁷ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 129.

³⁰⁸ BLOK, Marcella, op. cit., p. 143.

³⁰⁹ BLOK, Marcella, op. cit., p. 143-144.

a tarefa de verificar se a conduta foi pautada na boa-fé, nas informações possíveis e no interesse da companhia no que, em tese, os juízes “não encontram maiores dificuldades”³¹⁰.

Diante disto, percebe-se que “a regra é o reconhecimento da falibilidade humana”³¹¹. A preocupação precípua da norma é, conforme se denota, o “erro técnico profissional” do administrador na aplicação dos princípios da ciência da administração de empresas³¹². Côrrea-Lima justifica a existência deste espaço de tolerância com a seguinte lógica:

Errar é humano. Um advogado, um médico e um engenheiro podem errar no exercício de sua profissão sem a menor dose de culpa. Da mesma forma, pode errar sem culpa no exercício de sua profissão um administrador de empresas, o administrador de uma companhia.³¹³

Segundo Carmo, a boa-fé do administrador, por constituir um requisito para a aplicação de uma excludente de responsabilidade, é de ônus probatório do próprio administrador, vez que é “arguida para elidir situação jurídica preexistente”³¹⁴.

4.4.2. Críticas

O instituto, embora bastante festejado pela doutrina, não passa isento a críticas, que variam entre a sua conformação jurídica e a própria aplicabilidade e efeitos práticos da norma.

Bulgarelli afirma que a *business judgment rule* é aspecto “infeliz” da Lei de Sociedades Anônimas, em razão de conceder certa benevolência aos “administradores culposos”. Para o autor, o legislador teria conferido ao magistrado uma dose elevada de subjetivismo na tomada desta decisão, o que poderia implicar em grande despreocupação dos administradores quanto às suas condutas. Mais severamente, porém, tece crítica a respeito da discrepância do instituto no que toca à sistemática geral do direito das obrigações. Segundo o autor, os fatores de

³¹⁰ BLOK, Marcella, op. cit., p. 144.

³¹¹ ARSHT *Apud* CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 129.

³¹² CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 130.

³¹³ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 130.

³¹⁴ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 186.

exclusão de responsabilidade são o caso fortuito e a força maior, porém a Lei 6.404 acresceu mais duas possibilidades em nada relacionadas a elas³¹⁵.

Em contrapartida, Côrrea-Lima repudia a afirmação de Bulgarelli de que a norma do parágrafo 6º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas concede aos administradores “um verdadeiro *bill* de indenidade”³¹⁶. Assevera o autor que a norma “não estabelece nenhuma isenção de responsabilidade por fraude, má administração, decisões apressadas ou impensadas. Pelo contrário, exige do administrador um elevado padrão de conduta no desempenho de sua atividade”³¹⁷.

Neste sentido, manifesta-se Carmo:

A lei brasileira das sociedades anônimas foi concebida nos parâmetros tradicionais da culpa. O juiz deve empregar com muita moderação a *business judgment rule*, calcada na idéia de boa fé, como critério de justiça (subjetiva) na atuação social, para que a norma não se transforme, como teme BULGARELLI, num *Bill* de indenidade, numa carta de alforria de administradores desonestos e irresponsáveis.³¹⁸

4.5. Experiência jurisprudencial brasileira

Este tópico se prestará a demonstrar a pouca frequência com a qual os Tribunais pátrios enfrentam matérias relativas à responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas.

É certo que com facilidade encontram-se casos com aprofundadas discussões a respeito da responsabilidade pessoal dos administradores pelos débitos trabalhistas, previdenciários e tributários da companhia. O mesmo não se verifica, entretanto, quando se adentra nas esferas penal e cível. Esta última conta, especialmente, com poucos exemplares na jurisprudência, em especial nos Tribunais Superiores.

O objetivo, portanto, é exemplificar com casos relevantes para o que se abordou neste trabalho o pouco que hoje se tem a respeito de ação de responsabilidade em face de administradores de companhias nos Tribunais brasileiros.

³¹⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Manual das sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas, 1987, p. 164.

³¹⁶ BULGARELLI, Waldírio, op. cit., p. 164.

³¹⁷ CÔRREA-LIMA, Osmar Brina, op. cit., p. 129.

³¹⁸ CARMO, Eduardo de Sousa, op. cit., p. 190.

O primeiro caso que desperta interesse é a Apelação nº 65.531-1 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 25.06.1987³¹⁹, cuja ementa segue:

SOCIEDADE COMERCIAL – Anônima – Capital aberto – Transferência do controle acionário – Ocorrência não comunicada oportunamente à Bolsa de Valores e à imprensa – Inadmissibilidade – Omissão de dever legal – Prejuízo aos acionistas minoritários, que efetuaram vendas de ações por valor inferior ao da oferta pública – Indenização devida – Responsabilidade solidária dos administradores – Aplicação e inteligência do art. 157 da Lei 6.404/76. A inobservância do dever legal pelos administradores de sociedade anônima de capital aberto de divulgarem oportunamente a transferência do controle acionário da empresa gera responsabilidade solidária pelos danos causados a acionistas minoritários que negociaram suas ações por valor inferior ao da oferta pública – Indenização devida – Responsabilidade solidária dos administradores – Aplicação e inteligência do § 4.º do art. 157 da Lei n.º 6.404/76. "A inobservância do dever pelos administradores de sociedade anônima de capital aberto de divulgarem oportunamente a transferência do controle acionário da empresa gera responsabilidade solidária pelos danos causados a acionistas minoritários que negociaram suas ações por valor inferior ao da oferta pública".³²⁰

No caso em comento, acionistas minoritários da sociedade anônima de capital aberto Howa S/A promoveram indenizatória em face dos administradores, em razão de terem demorado a divulgar nos meios próprios a operação de transferência do controle acionário da companhia (o protocolo de intenções da operação foi firmado em 01/dezembro/1981, e a informação foi divulgada em 04/dezembro/1981). O dever que infringiram, então, foi o de informar, contido no parágrafo 4º do artigo 157³²¹ da Lei das Sociedades Anônimas. No íterim entre o protocolo e a divulgação, os autores da demanda venderam suas ações, por elas obtendo valor inferior ao que posteriormente seria da oferta pública³²².

A sentença foi de procedência, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A Apelação argumentava que os administradores tomaram

³¹⁹ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedade por ações: jurisprudência, casos e comentários**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 464-465.

³²⁰ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 464.

³²¹ Art. 157, §4º da Lei 6.404/1976: "Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia".

³²² Embora os autores (Paulo de Lorenzo Messina e Paula A. Forgioni) não mencionem, é possível inferir que no caso a ação proposta teve por fulcro o § 7º do artigo 159 da Lei das Sociedades Anônimas (ação individual), vez que o objetivo de ressarcimento era pessoal e individual dos acionistas autores da demanda, já que o prejuízo foi diretamente sofrido por eles, e não pela companhia.

conhecimento da operação apenas no dia em que foi divulgada, pelo que não teriam violado o dever de informar. Em suma, o fundamento da condenação dos réus foi o de que a transferência de controle acionário é fato relevante, enquadrando-se no disposto no parágrafo 4º do artigo 157. Outrossim, em se tratando de dever legal comum a todos, a responsabilidade é solidária, nos termos dos parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 158 da Lei 6.404.

Trata-se, portanto, de precedente que imputou responsabilidade pessoal e solidária aos administradores de companhia aberta, em razão do descumprimento do dever de informar, mais especificamente aquele contido no parágrafo 4º do artigo 157 da Lei das Sociedades Anônimas³²³.

Tema mais recorrente na jurisprudência pátria diz respeito à legitimidade ativa para a propositura de ação de responsabilidade em face do administrador de companhia.

A exemplo, o Agravo de Instrumento nº 95.490-1, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 04.02.1988³²⁴. A circunstância fática, em apertada síntese, era de que os administradores da Bombril S/A vinham gerindo mal a companhia. A Bombril S/A, no entanto, era controlada pela Rosafer S/A. O autor da demanda em face dos administradores da Bombril S/A não era acionista desta, mas da controladora, a Rosafer S/A (na qual detinha 33% de suas ações).

A primeira questão com a qual teve de defrontar-se o Tribunal foi se uma pessoa não acionista teria legitimidade ativa para propor demanda de indenização em face dos administradores, valendo-se da condição de acionista da sociedade controladora dela. O entendimento foi positivo, ao argumento de que o autor da demanda “detinha considerável parcela de ações da Rosafer (33%), que detém 99,9% das ações com direito a voto da Bombril”³²⁵, sendo que aquela teve seus rendimentos consideravelmente reduzidos em razão da má administração desta.

Outra questão é que seria inócuo falar, no caso, em prévia autorização assemblear, matéria arguida como fundamento para a ilegitimidade ativa. Isto porque os réus eram detentores de 66% da Rosafer S/A, de modo que o autor

³²³ Abordado no item 2.4. deste trabalho.

³²⁴ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 462-463.

³²⁵ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 463.

“nunca conseguiria convocação da assembléia para deliberar sobre a responsabilização dos administradores”³²⁶.

A ementa foi assim lançada:

SOCIEDADE ANÔNIMA – Acionista minoritário – Ação direta individual contra administradores, visando responsabilizá-los por prejuízos causados à companhia, atingindo-o diretamente – Ação social *ut singuli* não configurada – Legitimidade *ad causam* e *ad processum* – Artigo 159, § 7.º da Lei Federal n.º 6.404, de 1976 – Autor, ademais, que é acionista expressivo da sociedade controladora – Recurso não provido.³²⁷

No caso concreto, então, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a legitimidade do autor, bem como o cabimento da ação individual, ao entendimento de que teria restado demonstrado que “os danos causados à Bombril teriam reflexo direto nos seus rendimentos”³²⁸.

Outro caso envolvendo legitimidade ativa, agora no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é o Recurso Especial nº 16.410-0/SP³²⁹. A par das discussões travadas a respeito da prescrição, a questão que interessa a este trabalho resume-se a: “há legitimidade ativa dos sócios minoritários de controladora e controlada mesmo sem deliberação em assembléia para a propositura de ação de responsabilidade civil contra administrador”³³⁰?

Pois bem. A peculiaridade fática era que a sociedade da qual era acionista a autora da demanda (Usina da Barra S/A Açúcar e Alcool), era controlada por uma *holding* (Pedro Ometto S/A Administração e Participação), que detinha 99% de suas ações. A ação foi proposta em face da controladora, de seu administrador e dos “coniventes-beneficiários”.

Ocorre que o administrador da Usina da Barra S/A Açúcar e Alcool era Orlando Chesini Ometto, que também era controlador e administrador da *holding* Pedro Ometto S/A Administração e Participação. Deste modo, restava absolutamente inviável e inócuo a realização de assembleia geral para discutir a responsabilização do administrador.

³²⁶ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 463.

³²⁷ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 462.

³²⁸ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 463.

³²⁹ MAMEDE. Gladston, op. cit., p. 582 e MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 449-451.

³³⁰ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 450.

Diante disto, o Tribunal entendeu que era necessário conferir-se legitimação extraordinária aos acionistas minoritários para promoverem a ação de responsabilidade em face do administrador e também da controladora. Segue transcrita a ementa:

Direito Societário. Sociedade Anônima. Ação de responsabilidade civil. Administrador. Sociedade controladora. Acionistas minoritários. Legitimidade ativa ad causam. Prescrição. Prazo. Interrupção. Arts. 116, 117, 245 e 246 da Lei 6.404/76.

I – Detendo a sociedade controladora mais de 95% do capital social e das ações com direito a voto da sociedade controlada, os acionistas minoritários desta têm legitimidade ativa extraordinária para, independentemente de prévia deliberação da assembleia geral, ajuizar, mediante prestação de caução, ação de responsabilidade civil contra aquela e seu administrador, em figurando este simultaneamente como controlador indireto.

II – Prescreve em 3 (três) anos a ação contra administradores e sociedades de comando para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos (art. 287, II, b, da Lei 6.404/76).

III – A interrupção da prescrição, na lacuna da lei especial quanto ao ponto, regula-se pelo Código Civil.³³¹

Novamente no Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial nº 1.002.055/SC, julgado em 09.12.2008³³², levantou-se questão atinente à legitimidade ativa, agora com enfoque nas espécies de ações em face de administrador de companhia. No caso concreto, aos réus era imputada a prática do ato ilícito de utilização de recursos da sociedade para fins estranhos ao seu objeto social, especialmente por meio da transferência de empregados de outras empresas para a companhia em questão, onerando-a com despesas trabalhistas e previdenciárias. Ainda, teriam obstado a instalação de conselho fiscal para a apuração das irregularidades, além de alterado documentos contábeis, de modo a possibilitar o desvio ilegal de valores. Acusou-se a utilização, pelos administradores, de bens da empresa para fins particulares. Por fim, a companhia não pagaria dividendos há mais de trinta anos.

A sentença extinguiu o feito sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa, o que foi mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Entendeu-se que a demanda era da espécie ação social, a qual deve ser proposta pela própria companhia, mediante autorização da assembleia geral. A razão de assim ter enquadrado a ação, foi por vislumbrar que a causa de pedir e o pedido estariam baseados em prejuízos suportados diretamente pela sociedade, e diante deles os

³³¹ MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A., op. cit., p. 449.

³³² Disponível em www.stj.jus.br.

autores pleiteavam o ressarcimento de prejuízos indiretamente a eles causados, o que não seria possível.

O Recurso Especial teve por fundamento a alegação de que a hipótese era de ação individual (artigo 159, parágrafo 7º da Lei 6.404), e que esta seria cabível, eis que o desvio de verbas dos réus havia acarretado efetiva perda patrimonial aos autores, tanto pela desvalorização das ações como pela ausência de distribuição de dividendos.

O Superior Tribunal de Justiça refutou a tese, conforme a ementa:

CIVIL, PROCESSUAL E SOCIETÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIONISTAS MINORITÁRIOS. ADMINISTRADORES. ALEGAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE. PREJUÍZO INDIRETO AOS SÓCIOS. PREJUÍZO DIRETO À EMPRESA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDIVIDUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. RECONHECIMENTO. AÇÃO SOCIAL. LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. ART. 159, §§ 1º A 7º. EXEGESE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

I – Tratando-se de alegação de dano causado à sociedade, carecem de legitimidade ativa para a causa os acionistas autores, que buscam indevidamente, pela ação social, o ressarcimento por violação, em tese, a direitos individuais.

II – Recurso especial não conhecido.

A conclusão, em síntese, foi de que “os danos alegados pelas recorrentes não foram diretamente causados aos acionistas minoritários, mas sim a toda a sociedade, não tendo os mesmos, portanto, legitimidade ativa”. Tem-se, então, área na qual a jurisprudência logrou êxito em delimitar a incidência da norma, visto que o parágrafo 7º do artigo 159 não é expresso quanto à necessidade de dano direto, e não indireto, sofrido pelo ato do administrador.

Neste tópico, foram analisados alguns dos poucos casos enfrentados pelos Tribunais pátrios, selecionados de acordo com o seu grau de importância e profundidade. Pelo que se expôs, então, restou evidenciado que é muito primária a experiência de aplicação das regras de responsabilidade civil dos administradores de companhias no Direito brasileiro. Nas esparsas ocasiões em que se aplicadas, pouca profundidade e aperfeiçoamento teórico se nota nos julgados.

Trata-se, como visto, de matéria que clama e merece maior construção na jurisprudência, em especial para fins de reforçar e complementar o contido na legislação. A relevância da existência de um sistema de responsabilização dos administradores é destacada pela própria Exposição de Motivos da Lei 6.404/76, segundo a qual ele impede que o grande poder das empresas seja exercido “em

proveito apenas de sócios majoritários ou dirigentes, e não da companhia, que tem outros sócios, e em detrimento, ou sem levar em consideração, os interesses da comunidade”.

Nesta seara, diante da rasa produção jurisprudencial a respeito do assunto, mostra-se fundamental a dedicação doutrinária a respeito do tema, cuja principal função é a de refinar os instrumentais para aplicação das hipóteses de responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas.

Conclusão

Buscou-se, neste trabalho, estudar a produção doutrinária – primordialmente – a respeito do tema da responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima no ordenamento jurídico brasileiro.

Para cumprir este objetivo, iniciou-se pelo estudo de aspectos basilares das sociedades anônimas, como a sua origem – questão esta essencial para que se compreenda o fenômeno da limitação de responsabilidade – características essenciais e função. Mostrou-se importante pontuar tais características para que se evidenciasse que o estudo da responsabilização civil dos administradores das companhias é, em realidade, o estudo da exceção. É que a limitação de responsabilidade dos acionistas – sem olvidar que os diretores não necessariamente devem ostentar tal qualidade – é a característica primordial e mais marcante das sociedades anônimas. Por outro lado, o estudo da função social da empresa também traduz, de certo modo, a importância de se moralizar a atuação dos administradores – especialmente ao se considerar que os efeitos da atividade empresarial podem ter impacto tão ou mais relevante do que os da atividade estatal –, razão pela qual seu estudo é um dos pilares para se construir a teoria da responsabilidade civil dos administradores de companhias.

Seguiu-se, então, a análise dos deveres legais dos administradores de sociedades anônimas, contidos na Lei 6.404/1976. O capítulo destinado a este fim mostrou-se imprescindível para atingir o objetivo central deste trabalho, visto que as hipóteses de responsabilização invariavelmente acabam por derivar da violação de algum desses deveres legais. Aqui, mais uma vez, avulta que o tema de estudo é a exceção, visto que o esperado é a conduta esmerada do administrador, pautada nos deveres a ele incumbidos pela lei e pelo estatuto social.

No cerne deste trabalho está o exame da natureza jurídica de cada uma das hipóteses legais de responsabilização, contidas no artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas. Ressaltou-se a discussão doutrinária a respeito de a responsabilidade por ato lesivo decorrente de violação de lei ou do estatuto ser objetiva, subjetiva, ou subjetiva com presunção de culpa. Este estudo mostra-se a base para que se possa aplicar concretamente este sistema de responsabilização.

Por fim, estudou-se o instrumental de aplicação da responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima, trazido especialmente na chamada ação de

responsabilidade.

Após a investigação das modalidades da ação de responsabilidade, bem como de suas hipóteses de cabimento, restou demonstrado que a jurisprudência pátria é pouca e rasa a respeito do assunto. Pouca, porque ainda há incertezas quanto à efetividade de tentativa de aplicação do sistema de responsabilização civil dos administradores de companhias. Rasa, porque raras vezes enfrenta o cerne das questões teóricas contidas neste tema. Conforme se notou nos julgados trazidos a este trabalho, as densas discussões que perpassam na doutrina a respeito do assunto não guiam a interpretação jurisprudencial das normas atinentes.

Nada obstante, verifica-se que alguns aspectos deste tema são carentes de estudo pela própria doutrina nacional. É o caso da *business judgment rule*. Por um lado, a norma referida é alvo de severas críticas, em especial pela abertura de julgamento conferida aos magistrados, eventualmente inquinados despreparados para a função de perquirir se a decisão de gestão atendeu aos requisitos postos pela regra, ante a tecnicidade da matéria. Por outro lado, é bastante aplaudida, especialmente em razão do êxito que teria logrado no direito americano.

A importância do tema, portanto, traduz-se exatamente na carência de estudos específicos a seu respeito, que poderiam estimular a aplicação concreta dos institutos estudados, e ao mesmo tempo desenhar os seus contornos. Por conseguinte, em sendo a matéria presença mais frequente na jurisprudência pátria, criar-se-ia elemento de coibição para condutas violadoras de deveres legais pelos administradores, bem como de incentivo à busca por decisões bem informadas e tomadas com maior tecnicidade.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes de. **Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura administrativa das sociedades anônimas. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 73, n. 258, abr./jun. 1977.

BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BLOK, Marcella. *Business judgment rule*: a responsabilidade dos administradores das Sociedades Anônimas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 46, out./dez. 2009.

BOITEUX, Fernando Netto. A função social da empresa e o novo Código Civil. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 41, n. 125, jan./mar. 2002.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BULGARELLI, Waldírio. Apointamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 50, abr./jun. 1983.

BULGARELLI, Waldírio. **Direito comercial II**. São Paulo: Atlas, 1977-1978.

BULGARELLI, Waldírio. **Manual das sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas, 1987.

CARMO, Eduardo de Sousa. **Relações jurídicas na administração das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas, Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, 10.303, de 31 de outubro de 2001, e 11.638, de 28 de dezembro de 2007**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a lei das S/A. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 699, jan. 1994, p. 38.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8ª edição. 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: a. 85, v. 732, out. 2006.

CÔRREA-LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Sobral. **Diretor, sociedade anônima, relação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: sociedade anônima**. Volume II. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedade simples e empresárias**. Volume II. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio**. 32ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MESSINA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedade por ações: jurisprudência, casos e comentários**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. **Responsabilidade civil dos administradores nas sociedades por ações**. Curitiba: Juruá, 2003.

PAES, P. R. Tavares. **Responsabilidade dos administradores de sociedades**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

PARENTONI, Leonardo Netto. Ônus da sucumbência em ação de responsabilidade contra administrador de sociedade anônima. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 48, n. 151-152, jan./dez. 2009.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Reorganização operacional e societária. Ação declaratória de nulidade de deliberações de conselho de administração de S/A. Suposto conflito de interesses: parecer. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, v. 46, n. 146, abr./jun. 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25ª edição. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTIAGO, Márcia Andrade. A responsabilidade do administrador de sociedade anônima. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre: Síntese, v. 37, 2002

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de empresa: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Particularidades do conselho de administração das sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, n. 128, out./dez. 2002.

SANTOS, Fernanda Aviz. Sociedade anônima: Uma análise sobre a natureza do conflito de interesses dos membros do conselho de administração. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo, v. 46, n. 148, out./dez. 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil.** Volume I, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário.** Volume I. São Paulo: Atlas, 2009.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 92, n. 810, abr. 2003.

VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedade por ações.** Volume II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1941.